جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

كلّية الحقوق والعلوم السيّاسيّة

قسم القانون الخاص

حماية الطرف المغبون في القانون الجزائري

مذكرة تخرّج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصّص القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبين:تحت إشراف الأستاذ:

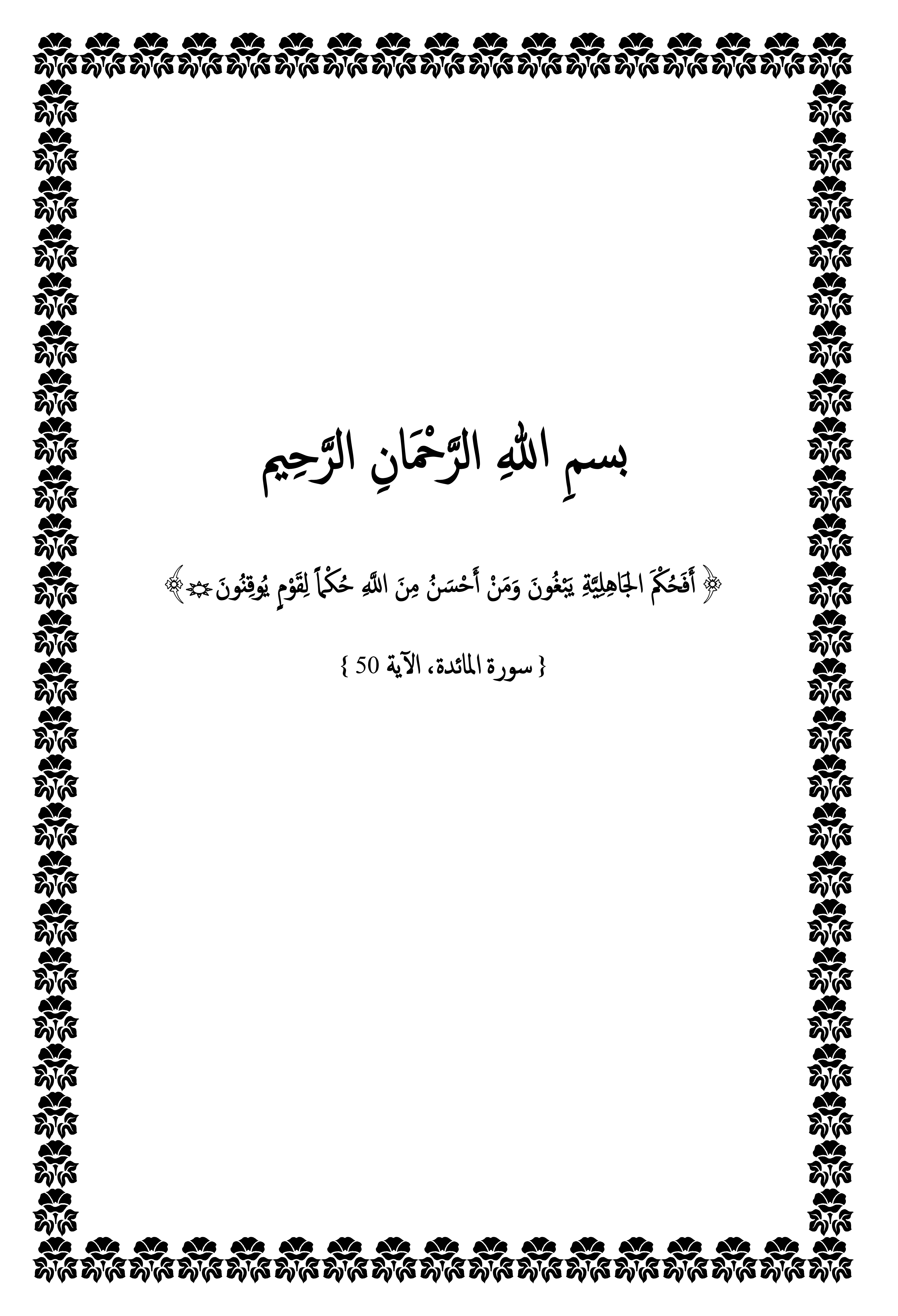
حامة وسام سرايش زكريا

كروان صارة

لجنة المناقشة:

- الأستاذ (ة).. **رئيسا.**
- الأستاذ: سرايش زكريا..**مشرفا.**
- الأستاذ (ة).. **ممتحنا.**
-

السنة الجامعية: 2014 ـ 2015



بسمِ اللهِ الرَّحْمَانِ الرَّحِيم

﴿ أَفَحُكْمَ الجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْماً لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾

{ سورة المائدة، الآية 50 }

بسم الله الرَّحمن الرَّحيم

الحمد لله الذي نشهد له بالوحدانية ولنبيِّه بالرِّسالة، من اِعتصم بحبله نجا، وعمن صلح عمله رضى، من استنصره نصرهُ، ومن دعاهُ أجابهُ، ومن سألهُ أعطاهُ، ومن توكَّل عليهِ كفاهُ، ومن طلب الرَّشاد أرشدهُ، ومن استعانَ بهِ أعانهُ.

فالشكر لله الذي وفقنا وأعاننا على إتمام هذا العمل الذي نرجوه أن يكون ذا نفع وفائدة.

نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ " سرايش زكريا" الذي تفضل بالإشراف على هذا البحث ولما أولاه من اهتمام وتوجيه،أسأل الله العلي القدير أن يجزيه عني وعن طلبة العلم خير جزاء.

كما نتقدم بالشكر الجزيل لكل الأساتذة الذين ساهموا في تكويننا في شهادة الليسانس والماستر.

وإلى كل من قبل مناقشة عملنا هذا من اللجنة المحترمة.

الإهـــداء

بعدما وفقني الله عز وجل لإتمام هذا البحث المتواضع أتقدم بإهدائه إلى:

التي بركها الله و جعل الجنة تحت أقدامها و أغرقتني في بحر عطفها وحنانها، وكانت معي والى جانبي في كل صغيرة و كبيرة و الصديقة.

"أمي الغالية حفظها الله وأطال في عمرها"

إلى الذي يطمئن له قلبي و يرتاح له ضميري، إلى الذي رباني على الفضيلة والأخلاق وكان لي ذراعي اليمين وتحمل عبئ الحياة من أجلي.

" أبي العزيز أطال الله في عمره "

إلى إخوتي: سليم، سامي، رؤوف، حكيم، ياسين وخاصة زوبير وإلى زوجته شفيعة وإلى كل عائلة حامة .

كما أهديه أيضا إلى خالتي أطال الله في عمرها.

إلى كلِّ من ساعدني على إتمام هذا العمل من أصدقاء وزملاء، وإلى كل الأساتذة الذين لهم فضل في وصولنا إلى هذا المقام بتوجيه وإرشاد إلى ما فيه فائدة إن شاء الله لهذا العمل.

وسام

إهـــــــداء

بعدما وفقني الله عز وجل لإتمام هذا البحث المتواضع أتقدم بإهدائه إلى:

التي بركها الله و جعل الجنة تحت أقدامها و أغرقتني في بحر عطفها وحنانها، وكانت معي والى جانبي في كل صغيرة و كبيرة و الصديقة.

"أمي الغالية حفظها الله وأطال في عمرها"

إلى الذي يطمئن له قلبي و يرتاح له ضميري، إلى الذي رباني على الفضيلة والأخلاق وكان لي ذراعي اليمين وتحمل عبئ الحياة من أجلي.

" أبي العزيز أطال الله في عمره "

إلى إخوتي: رضا، ناصر، عامر، حمزة.

إلى أخواتي نهاد و صباح.

إلى جدي وجدتي وإلى كل عائلة كروان.

إلى كلِّ من ساعدني على إتمام هذا العمل من أصدقاء وزملاء، وإلى كل الأساتذة الذين لهم فضل في وصولنا إلى هذا المقام بتوجيه وإرشاد إلى ما فيه فائدة إن شاء الله لهذا العمل.

صارة

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج. ر: الجريدة الرسمية

د. ب. ن: بدون بلد النشر

د. د. ن: بدون دار النشر

د. س. ن: بدون سنة النشر

ص: الصفحة

ص. ص: من الصفحة...إلى الصفحة.....

د. ط: بدون طبعة

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

ج: جزء

ثانيا: باللغة الفرنسية:

P : page

مقدمة

يتمتع الشخص الكامل الأهلية بمبدأ سلطان الإرادة وهذه الإرادة وحدها تكفي لإبرام العقود، وبالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الالتزامات العقدية ودون قيد على حريته، فحرية الفرد في التعاقد تشمل حريته أيضا في عدم التعاقد فلا إجبار عليه أن يدخل في رابطة عقدية لا يرغبها وهذا تحقيقا لمبدأ العدالة والمساواة.

فقد أولى المشرع الطرف المغبون حماية قانونية وذلك من أجل تحقيق التوازن العقدي والمساواة بين أطراف العلاقة التعاقدية وعدم تحميل أحد الأطراف أعباء تضر بمصالحه وحقوقه وذلك نظرا لسرعة التطورات، فلولا هذه الحماية لعمت الفوضى بين الناس ، فالطرف المغبون من العلاقة التعاقدية نجده أحيانا يرضخ للطرف القوي وأحيانا يعبر عن إرادته بالرفض والتملص من هذه العلاقة التعاقدية.

ونظرا لتطور المعاملات والتي تكون في أغلبها عادلة لا تثير أي مجال للنقاش وأحيانا يكون العكس لذلك يلجئون إلى جميع السبل وجعل الكثير من الأفراد يلجؤون إليها قصد حماية حقوقهم سواء كان الغبن معين بمقدار كالحق في مطالبة دعوى تكملة الثمن أو في حالة نقض القسمة الغير العادلة بين الشركاء أو كان الغبن غير معين بمقدار الذي يكون ضحية استغلال أو ضحية شروط تعسفية وهذا ما يعبر عنه بإخلال التوازن التعاقدي.

تكمن الأهمية العلمية لهذه الدراسة في التطرق إلى الحماية القانونية للطرف المغبون وفيما تكمن هذه الحماية من خلال إعادة التوازن التعاقدي بين الأطراف وإعطاء نظرة مختلفة عن باقي الدراسات والبحوث التي تعالج الموضوع و السبب الرئيسي لاختيارنا لهذا الموضوع يكمن في الرغبة في التعرف عليه وإثرائه.

الأهمية العملية فهي لا تقل عن سابقاتها العلمية إذ نحاول من خلال هذه الدراسة الوصول إلى حلول ملموسة تساهم في تفعيل دور الحماية التعاقدية لأنها تؤدي إلى تحقيق العدالة بين الأطراف لكن في بعض الحالات تعيد الأطراف إلى ما قبل التعاقد وفقا لاعتبارات قانونية، كما

أن القضايا الشائعة الوقوع في الحياة العملية والمطروحة أمام القضاء تتعلق بضمان حق الطرف المغبون في الرابطة التعاقدية، كما أن هذه القضايا ليست مجرد نظريات.

ومن خلاله تستهدف دراسة هذا الموضوع الإجابة على المشكلة الآتية : **ما هي الحماية التي كفلها المشرع للطرف المغبون في إطار التشريع الجزائري؟**

تفرض علينا هذه الإشكالية لمعالجتها اعتمادنا على المنهج التحليلي والتأصيلي كونها الأصلح في هذا الموضوع ، إذ يعتمد على تحليل مختلف جزئيات النصوص القانونية، واستنباط منها أحكام واعتبارهما الأصلح والأنسب لمعالجة هذا الموضوع.

تستدعي الإجابة عن هذه الإشكالية اعتمادنا على خطة ثنائية مبنية على فصلين:

الفصل الأول: حماية المغبون بالنظر إلى مقدار الغبن.

المبحث الأول: دعوى تكملة الثمن.

المبحث الثاني : دعوى نقض القسمة.

الفصل الثاني: حماية المغبون دون النظر إلى مقدار الغبن.

المبحث الأول: حماية المغبون في حالة الاستغلال.

المبحث الثاني : حماية المغبون في حالة الشروط التعسفية.

الفصل الأول

حماية المغبون بالنظر إلى مقدار الغبن

تقتضي الحياة الاجتماعية التعامل بين الأفراد بمختلف التصرفات التي تحقق لهم مختلف حاجياتهم المتباينة، وأحيانا يكون ذلك بالتبرع، وغالبا ما يكون بطريق المعاوضة كالبيع الذي يعد من أهم العقود وأكثرها انتشارا، والمعاوضة عامة تقتضي تساوي البدلين وهذه هي القاعدة؛ فإذا لم تتحقق المساواة ماعلى المشرع إلا التدخل لإزالة الخلل وتحقيق العدالة التعاقدية بين الطرفين، بحيث يكون ما يأخذه المتعاقد مساويا لقيمة ما أعطى، أو القسمة التي تعد وسيلة التخلص من الشيوع.

فمقدار الغبن هام جدا في هذه الأحوال، فإذا كان الغبن على القدر المحدد قانونا يمكن لمن وقع فيه أن يتقاضى حقه أمام القضاء، وذلك عن طريق الدعوى، وهي إما أن تكون دعوى تكملة الثمن بالنسبة للبائع (المبحث الأول)، أو دعوى نقض القسمة للغبن (المبحث الثاني).

المبحث الأول

دعوى تكملة الثمن

لقد تدخل المشرع الجزائري من أجل إعادة التوازن في العقد الذي يبرمه الطرفان، الذي يعتبر عقد البيع من أهم عقود المعاوضة، لكن قد يعرض على البيع أحيانا أن يكون بثمن أقل بكثير من ثمن المثل، ويصبح البائع مغبونا والمشتري غابنا، لذا يجوز للطرف المغبون أن يرفع دعوى تكملة الثمن، ولرفعها يستوجب توفر شروط رفع الدعوى (المطلب الأول)، والأحكام الواردة عليها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط رفع دعوى تكملة الثمن في بيع العقار

يتطلب لمباشرة دعوى تكملة الثمن توفر ما يشترط القانون من أجل إعمال هذه الوسيلة وهذا أمر منطقي؛ لأنه لا يتحقق الشيء إلا بتوفر شروطه، ويمكن القول بأن لدعوى تكملة الثمن شروط موضوعية (الفرع الأول)، وأخرى إجرائية لا يستغنى عنها من أجل صحتها أمام القضاء (الفرع الثاني)، ونعرضها تباعا.

الفرع الأول

الشروط الموضوعية لممارسة دعوى تكملة الثمن

اشترط المشرع الجزائري لرفع دعوى تكملة الثمن مجموعة من الشروط متعلقة بموضوع الدعوى، فلا يجوز رفع دعوى تكملة الثمن إذا كان موضوعها مخالف لما تتطلبه الدعوى؛ إذ يجب رفع الدعوى في بيع وقع على عقار(أولا)، كما يجب توفر المقدار القانوني لرفعها (ثانيا).

أولا: وقوع البيع على عقار:

لقد قام المشرع الجزائري بتحديد طبيعة العقار في المادة **683 من ق. م.ج** ، حيث تنص أن: « **كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدى ذلك من شيء فهو منقول**».

غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص» [1].

---

[1] – أنظر: الأمر رقم 75 – 58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78 الصادر في 30 / 09 / 1975، معدل ومتمم إلى غاية القانون رقم 07 – 05 المؤرخ في 13ماي2007، ج ر عدد31 مؤرخ في 13ماي2007.

يتبين من خلال هذه المادة أن العقار هو كل شيء ثابت أي لا يمكن نقله أو تغيير مكانه، وإذا خالف هذا المعنى فهو يأخذ صفة منقول.

يشترط للطعن في البيع بالغبن أن يكون المبيع عقارا وأن يرد على ذات العقار أو على أي حق عيني عقاري؛ فإذا كان المباع هو حق الملكية؛ فإنه يجوز رفع دعوى الغبن نظرا لإمكانية الوقوع في الغبن في هذه الحالة؛ بل وتعد هذه الحالة هي الأكثر وقوعا في الحياة العملية؛ لأنه غالبا ما يكون البيع واردا على الملكية بجميع عناصرها.

نفس الأمر يقال في حالة ما إذا كان المبيع حقا عينيا آخر غير حق الملكية كحق الانتفاع، وطبعا يشترط في هذه الحالة أن يكون هذا الحق واردا على عقار، ومثال ذلك: حق انتفاع بقطعة أرض أو شقة أو دار، وهذا من منطلق أنه يجوز بيع حق الانتفاع دون الرقبة[1].

النتيجة التي يمكن استخلاصها من هنا هي أنه لا يشترط في محل البيع سوى أن يكون واردا على حق عيني عقاري، أو بعبارة أخرى يكون محلا للطعن بالغبن في بيع الحقوق العينية العقارية بيع أي حق سواء كان حق ملكية تام أي الملكية بعناصرها الثلاثة كلها (الاستعمال والاستغلال والتصرف)، أو حق ملكية ناقص (ملكية الرقبة فقط أي حق التصرف)، أو حق انتفاع ... إلخ.

فالعقار بالتخصيص في مفهومه هو عبارة عن منقول بطبيعته ولكن متعلق بالعقار أي وضع لخدمته؛ فإذا قام بفصل العقار بالتخصيص عن العقار المخصص؛ فإنه يفقد هذه الصفة ويخضع لأحكام المنقول؛ إذ يجب على العقار بالتخصيص الاحتفاظ بهذه الصفة وقت البيع وإلا اعتبر منقولا، ومثال العقار بالتخصيص: الجرار الفلاحي، المحراث، والحيوانات التي تستعمل في نقل البذور والأسمدة[2].. إلخ.

---

[1] – أنظر: **عبد الرزاق احمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت ص.390.

[2] – أنظر: **لحسين بن الشيخ اث ملويا**، المنتقي في عقد البيع، (دراسة فقهية،قانونية وقضائية مقارنة نصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية)، ط1، دار هومة،2010 ، ص. 101.

يتعين في هذا الصدد الالتفات إلى المادة **360 من ق. م. ج** حيث تنص أنه «**لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني**»[1]، والذي يمكن قوله هنا هو أن هذا النص قد جاء باستثناء مهم يتمثل في عدم جواز رفع دعوى الغبن إذا تم البيع عن طريق المزاد العلني.

فبيع العقار في المزاد العلني، يتم بواسطة القضاء، وسبب عدم قبول دعوى الغبن في البيوع بالمزاد هو كونها تفسح المجال للحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار المبيع؛ فإذا رسا المزاد بثمن يقل عن قيمة العقار بأكثر من الخمس، فهذا دليل على أن العقار لا يجد مشتريا بأكثر من الثمن، فلا محل للطعن في هذه الحالة في البيع بالغبن[2].

كذلك بالرجوع إلى المادة **684 من ق. م. ج** التي تنص أنه: « **يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية، وكذالك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار**»[3]، فيفهم من خلال هذه المادة أن الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية الواردة على العقار لا تشمل الحقوق الشخصية ولو كان محلها عقار كالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر، فحق الارتفاق لا يمكن بطبيعته الاستقلال عن العقار المترفق.

ثانيا: توفر المقدار القانوني:

يشترط لرفع دعوى تكملة الثمن أن يتجاوز الغبن الخمس وذلك من وقت البيع أي أن يباع العقار بقيمة ليست القيمة الحقيقية، وهذا ما يجعل الالتزام التعاقدي مرهقا للبائع ويهدده بالخسارة، وتقدير الثمن وقت البيع هو عدم السماح للبائع الاستفادة أو استغلال المشتري تقلبات الأسعار بعد انعقاد العقد، فتحديد التاريخ هو أمر ضروري لمعرفة مقدار الغبن[4].

---

(1) – أنظر: الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

(2) – أنظر: **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت ص.392.

(3) – أنظر: الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

(4) – أنظر: **توفيق حسن فرج**، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ط.3، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، د.س، ص.72.

في حالة عدم تجاوز الغبن الخمس، فالبائع لا يجوز له رفع دعوى تكملة الثمن وهذا ما يطلق عليه بمصطلح الغبن اليسير، والغبن اليسير هو غبن لم يتجاوز المقدار القانوني، فالعاقد مهما كان لا يمكن أن يتفاداه في كل عقوده، ولاعتباره غبن محتمل جرت العادة على عدم الاعتداد به لذا المشرع اخذ بالمعيار المادي وليس بالمعيار الشخصي، وهذا دليل بتأثره بأحكام الشريعة لمعدل الغبن والذي يستهدف إعادة التوازن بين التزامات الطرفين[1].

في هذا الصدد جرى اجتهاد المحكمة العليا في هذا المنهج، حيث ورد في أحد قراراتها الصادرة عن (الغرفة المدنية)، بتاريخ 20 / 06 / 2001، (ملف رقم 249694)، مصرحة بأن الغبن ليس ذو طابع شخصي وسببت قرارها كما يلي: حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، يتبين أن قضاة الاستئناف قد جعلوا أساسا لقضائهم برفض دعوى الطاعنين الرامية، إلى تكملة الثمن بسبب الغبن، كون هذا الأخير كان يعلم وقت إبرام البيع الثمن الحقيقي للعقار المبيع، وخلط هؤلاء القضاة بين دعوى تكملة الثمن المنصوص عليها بالمادة **358** وما يليها من **ق. م. ج** ودعوى الاستغلال المنصوص عليها في المادة **90** من نفس القانون.

ذلك أن البائع في دعوى الغبن ليس مطالبا بإثبات أنه وقع في غلط أو ضحية غش أو إكراه، بل يكفي أن يثبت توافر شروط الغبن، فتقبل دعواه لان الغبن أساسه مادي والاستغلال أساسه شخصي؛ إذ أن دعوى الغبن ترجعي طبيعتها لا إلى عيب في الإرادة، ولا إلى نقص في الأهلية، وإنما ترجع إلى فكرة التعادل ما بين المبيع والثمن[2].

وقد نص المشرع الجزائري على أنه من أجل تقدير الغبن الزائد على الخمس يجب أن ينظر إلى قيمة العقار وقت البيع، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا، حيث ذكرت في قرار لها بتاريخ: 12 / 09 / 2000، (ملف رقم 245195) أنه: « حيث بمراجعة أوراق الملف ،لاسيما منها تقرير الخبير غرناوط سفيان، والقرار المطعون فيه، يتبين أن مجلس الجزائر خالف أحكام

---

[1]– أنظر: **أنور سلطان**، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامية،ط5، دار الثقافية للتوزيع والنشر،الاردن2011، ص.84.

[2] – أنظر: (المحكمة العليا)، الغرفة المدنية قرار رقم 249694 المؤرخ في 2001/6/20، المجلة القضائية، العدد1، 2002، ص.157.

المادة 358 من ق. م. ج، خاصة الفقرة الثانية منها ، إذ ألزمت هذه الجهة القضائية المشتري بأن يدفع للبائع مبلغ 2.807.522دج والذي يمثل الفارق بين قيمة الشقة المبيعة في سنة 1987 وبين المقدار الذي كان قد سدده المشتري المذكور عند ابرم العقد وهو385.000دج .

لذلك على أساس قضية الشقة المبيعة خلال سنة 1993 م وهي2.51.3797 دج، وبتحديد هذه القيمة باعتبار حالتي تدهور قيمة العملة الوطنية للدينار والتضخم ، وذالك بضرب قيمة المسكن في عام 1993 المشار إليها آنفا، وهي 2513.797 دج بمعامل1,27 حسب ما ورد ذالك في تقرير الخبير والذي تبناه قضاة الاستئناف.

حيث أنه كان من الواجب على هؤلاء القضاة التقيد بما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 358 من ق. م. ج، وذلك بتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس بناء على تقييم العقار بحسب قيمته وقت البيع، وعلى هذا الأساس، كان ينبغي على قضاة الدرجة الثانية العمل على تقييم العقار المبيع بحسب قيمته خلال سنة 1993 وهي سنة البيع المتنازع من أجله، وأن يمتنعوا عن تعيين هذه القيمة بعد هذا التاريخ »[1].

مثال 1:

بيع مسكن مسكن 150 مليون والقيمة الحقيقية أثناء البيع هو500مليون

إذن الثمن الحقيقي500

الثمن المدفوع 150

نعلم أن الغبن = الثمن الحقيقي– الثمن الدفوع

مقدار الغبن هو أن يتجاوز ⅕

---

(1) – أنظر: (المحكمة العليا)، الغرفة المدنية، قرار رقم 145195 المؤرخ في 2000/09/12، المجلة القضائية، العدد2، سنة1989، ص.137.

نعلم أن ⅕=100 و ⅘=400

الغبن= 500 − 150 = 350

مادام 350 أكبر من⅕ الذي هو 100 إذن فيه غبن

لابد للمشتري تكملة الثمن250 مليون

مثال 2:

بيعت أرض ب 450 مليون والقيمة الحقيقية أثناء البيع لهذه القطعة هي 500 مليون.

100 مليون تمثل ⅕

الثمن الحقيقي هو 500 مليون

الثمن المدفوع= 450 مليون

الغبن= الثمن الحقيقي− الثمن المدفوع

500 − 450 =50

50 < 100

ما دام 50 اصغر من ⅕ والذي يقدر 100، إذن لا يوجد غبن .

الفرع الثاني

الشروط الإجرائية

إن دعوى تكملة الثمن كغيرها من الدعاوى تشترط شروط إجرائية متبعة لقبولها إذ يجب أن ترفع من كل ذي صفة ومصلحة، فلا يجوز لأي أحد من الأفراد القيام برفعها ما لم تتوفر فيه هذه الشروط فالقاضي (أولا)، ويجب كذلك أن تتضمن ميعادا قانونيا، وإلا سقط حقه في المطالبة بدعوى تكملة الثمن (ثانيا).

أولا: أطراف الدعوى:

إستنادا إلى ما سبق الذكر يشترط أن ترفع الدعوى من ذي صفة ومصلحة وذلك بطلبه بإجازة الدعوى الرامية إلى تكملة الثمن؛ إذ ترفع الدعوى من طرف صاحب العقار المبيع متى اكتملت أهليته القانونية، كذلك يجوز في حالة وفاة صاحب العقار رفعها من طرف ورثته سواء كان هو الذي قام بالبيع أو كان شخص نائب عنه[1].

أما في حالة كون البائع غير كامل الأهلية أي لم يبلغ سن الرشد ووقع في غبن فاحش؛ فإنه يجوز للنائب الشرعي حينئذ أن يرفع الدعوى، وإذا قام بتغيير النائب الذي قام بالبيع فيجوز للنائب المستخلف رفع دعوى الغبن حماية لمصلحة القاصر، فترفع الدعوى على المشتري أو على ورثته فهو دين في ذمة المشتري؛ لأنه "لا تركة إلا بعد سداد الديون" ويمكن رفع الدعوى على الشفيع الذي حل محل المشتري[2].

ثانيا: ميعاد رفع الدعوى:

تنص المادة **359 من ق. م. ج** أنه: « **تسقط دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع**» [3]، يتبين من خلال هذه المادة أن دعوى تكملة

---

[1] – أنظر: **طارق كاظم عجيل**، الوسيط في عقد البيع، الجزء الأول، ط1 ، د س،2010.ص160.

[2]– أنظر: **خليل أحمد حسن قدادة** ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، ب.ط، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،2000،ص.102.

[3] – أنظر: الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

الثمن يجب أن ترفع قبل انقضاء 3 سنوات من يوم حصول البيع؛ فإذا انقضت هذه المدة ولم يقم البائع برفعها هنا يسقط حقه في رفعها بقوة القانون، بحيث لا يكون للبائع اللامبالي حجة بعد انقضاء الأجل القانوني[1].

بالرجوع إلى نص المادة **37 ق. إج. م.** إ[2]؛ فإن الاختصاص الإقليمي للدعاوى المتعلقة بالعقار يكون للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه ، ومدة رفع الدعوى تعتبر مدة تقادم وليس مدة سقوط؛ إذ يرد عليها الوقف والانقطاع .

في حالة ما إذا كان البائع ناقص الأهلية أيا كان سبب عدم كمال أهليته، سواء كان قاصرا أو محجورا عليه، فتبدأ السنة من يوم زوال سبب نقص الأهلية[3]، وهذا ما صرح به المشرع في المادة **359 / 2 من ق. م. ج** حيث نص فيها أنه: « **وبالنسبة لعديمي الأهلية، فمن يوم انقطاع سبب العجز**»[4] .

المطلب الثاني

أحكام دعوى تكملة الثمن

عند رفع دعوى تكملة الثمن فإن المقصود منها تحقيق أثارها وقبول الدعوى شكلا يتيح الفرصة للنظر في موضوعها، ويصدر القاضي حكمه إما بقيام الغبن أو انتفائه، وصدور الحكم بقيام الغبن يلزم الغابن بتكملة الثمن (الفرع الأول) وإذا قام بالرفض يكون له حق طلب الفسخ (الفرع الثاني).

---

[1] –Iourdjane (L)، le droit civil algérien، édition l'harmattan، paris،1985، p.51.

[2]– أنظر: الأمر رقم 08–09 ،مؤرخ في 25 فيفري 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. عدد 21، المؤرخة في 23 فيفري 2008.

[3] – أنظر: **محمد حسنين** ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص.73.

[4] – أنظر: الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

الفرع الأول

وجوب تكملة الثمن

عند صدور الحكم لصالح البائع بتكملة الثمن إلى الحد الذي يزيل الغبن؛ فإن هذا الحكم يتوقف على قبول المشتري تكملة الثمن، والجزء من الثمن المحكوم به للبائع يطبق عليه كافة القواعد الخاصة المتعلقة بالثمن ويكون مضمون بامتياز البائع، فالثمن في هذه الحالة يشترط أن يكون نقديا .

هذا لكون البيع يتميز عن المقايضة، أي أنه إذا كان الثمن شيئا آخر غير النقود ففي هذه الحالة لا يعد العقد بيعا إنما يعتبر عقد مقايضة، وتجدر الإشارة إلى أن هذا الشرط قد ورد ضمن المادة **351 ق. م. ج** التي تنص أن:« **البيع عقد يلتزم بمقتضاه، البائع أن ينقل ملكية شيء أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي** »[1] .

دعوى تكملة الثمن تعتبر دعوى أصلية يقوم البائع برفعها ويجب على المشتري أن يقوم بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، ويتعين عليه إيداع المبلغ المحكوم به أمام كتابة ضبط المحكمة، والقاضي يقوم بدوره في هذه الحالة بتعين الخبير الذي يقوم بتقدير وتحديد القيمة الحقيقية للعقار وذالك لعدم علمه إن كان المبلغ المودع مكمل للنقص في الثمن، والقاضي يقضي له بالإشهاد بذلك ولا يمكن للبائع رفض العرض إلا إذا تبين له أن التقييم الذي جاء به بعيد عن القيمة الحقيقية للعقار، فله في هذه الحالة أن يطلب خبرة مضادة.

وطبعا دون أن ننسى القول بوجوب شهر دعوى تكملة الثمن إذا كان عقد البيع العقاري مشهرا في المحافظة العقارية، أما إذا لم يكن العقد مشهرا، فدعوى تكملة الثمن لا تشهر في هذا الوضع، وبعبارة أخرى، يعد شهر عقد البيع شرطا لشهر دعوى تكملة الثمن.

---

[1] – أنظر: الأمر رقم 57-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

لقد أخذ مجلس الدولة بهذا الرأي في عدة قرارات له، والتي من بينها القرار الصادر في 21 / 06 / 2000 تحت رقم 203024 [1].

يجب على البائع أن يقوم بتبليغ المشتري بنسخة من الحكم أو القرار النهائي وإلزامه بالدفع، وصار هذا الحكم نهائيا، فما على البائع سوى اللجوء إلى التنفيذ لتحصيل ذلك المبلغ وله أن يقوم بحبس العقار وأن يقوم بالحجز على منقولات المشتري، وإذا لم تكن للمشتري منقولات، فعلى عقارات هذا الأخير؛ لأن حق البائع مضمون بامتياز [2] .

الفرع الثاني

أحقية الفسخ

لصاحب العقار المبيع الذي امتنع المشتري عن دفع الثمن المحكوم له به الحق في طلب الفسخ، شأنه في ذلك شأن أي بائع آخر لم يستوف الثمن بأكمله، وعند فسخ العقد يترتب أن يقوم البائع باسترداد العقار من المشتري، ويلتزم بدوره بأن يرد ما قبضه من الثمن للمشتري إذ أن الغبن لا يعتبر عيب يشوب رضا الطرف المغبون إنما عيب يمس العقد في حد ذاته [3].

إذا أصاب البائع ضرر من ذلك فله أن يطلب تعويضا؛ فإذا نزلت قيمة العقار ألزم المشتري تعويض مقدار نزول العقار ويحسب بحسب مقداره وقت البيع[4]، حيث تنص المادة

---

(1) – أنظر: **بن الشيخ لحسين أث ملويا**، المرجع السابق ، ص.112.

(2) – الامتياز هو إعطاء أولوية معينة لشخص معين أو أشخاص معينين في استيفاء حقهم، فهو يقيد بالضرورة عدم خضوع هذا الشخص لقسمة الغرماء، فالامتياز ليس إلا محاباة لدائن معين وتفضيله على سائر الدائنين.

أنظر: **يمينة شودار**، أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2010،2011 ، ص.24.

3 – Mrabti (A) ,contribution a l'étude critique de la notion de lésion, ALGER, volume1, p.255.

(4) – أنظر: **أنور العمروسي** ، العقود الواردة على حق الملكية، ط1، دار الفكر الإسكندرية، 2000، ص.78.

3/359 من ق. م. ج على أنه: « **ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية ، إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع** » [1] .

يستخلص من هذا النص أنه إذا قام المشتري بالتصرف في العقار إلى شخص حسن النية فإن طلب الفسخ لا يسري على المشتري الجديد، لكن المشكل هو إثبات حسن أو سوء النية وذلك لاعتبارهما شرطان مفترضان، إذن لا يحق للبائع الاحتجاج عليه بدعوى الفسخ[2].

إذا تبين أن المشتري كان يعلم بقيام دعوى الغبن ففي هذه الحالة يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع واسترداد العقار من تحت يد الغير سيئ النية، وهذا أمر منطقي ومعقول بكل تأكيد؛ لأن الشخص سيء النية غير جدير بالحماية القانونية.

إن رفض المشتري تنفيذ الحكم أو القرار القضائي القاضي بإلزامه بتكملة الثمن فعلى البائع أن يقوم بتبليغ المشتري بنسخة من الحكم أو القرار النهائي، وإلزامه بالدفع بواسطة المحضر القضائي، وإذا مضت عشرين يوم من تاريخ الإلزام بالدفع ولم يقم بتنفيذ التزامه بتكملة الثمن، يحرر المحضر القضائي محضر بعدم التنفيذ ويقوم بتسليمه للبائع[3].

استنادا إلى المادة **119 / 1 من ق. م. ج** حيث تنص أنه: « **في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الأخر بعد إعذاره أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك** »[4].

تتقادم دعوى الفسخ إذا لم ترفع خلال خمسة عشر سنة، على أن يبدأ حساب المدة من تاريخ البيع، وذلك طبقا للقواعد العامة، ويجب أن تشهر عريضة الفسخ في المحافظة العقارية إن كان عقد البيع مشهرا، وهذا تحت طائلة البطلان المطلق.

---

[1]– أنظر: الأمر رقم 57-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[2]– أنظر: **محمد حسنين**، المرجع السابق، ص.74.

[3]– أنظر: **بن الشيخ لحسين أث ملويا**،ص.113.

[4]– أنظر: الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

كذلك جاء في نص المادة **85 من المرسوم 63/76** المتعلق بتأسيس السجل التجاري والتي نصت على ما يلي: « **أن دعاوي القضاء الرامية إلى النطق بالفسخ أو العدول أو الإبطال أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، لا يمكن قبولها إلا إذا يم إشهارها مسبقا...**»[1] .

المبحث الثاني

نقض القسمة بسبب الغبن

ليس البائع فقط هو من يتعرض لحالة الغبن فقط، بل حتى الشريك في الشيوع حينما يختار الخروج منه عن طريق اللجوء إلى القسمة، فهذا الأخير عند إبرام عقد القسمة يرمي إلى تحقيق أكبر مصلحة ممكنة بأن يخرج من ضرر الشيوع ويستفيد من قسمه المفرز.

لكن قد لا تكون القسمة التي دخلها الشريك في الشيوع قسمة عادلة، ففي هذه الحالة يقرر القانون وسائل لنقضها، إذ لا يقر إلا ما كان عادلا، ولبحث نقض القسمة، يتعين دراسة القسمة بوجه عام (المطلب الأول)، ثم بيان الإطار القانوني لحماية المغبون في القسمة الاتفاقية (المطلب الثاني)، وذلك كما يلي.

المطلب الأول

القسمة بوجه عام

تعد القسمة من أهم الوسائل القانونية التي تحل مسألة الشيوع بين الأشخاص الذين تجمعهم ملكية واحدة، وطالما أن الملكية من أهم مواضيع القانون بشكل عام والمدني بشكل خاص؛ فإن القسمة تستقي أهميتها من ذلك لارتباطها بالملكية في بعض أحوالها.

---

[1] – أنظر: المرسوم التنفيذي رقم 76-63، المؤرخ في 1976/03/25، المتضمن تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، عدد30، الصادرة في1976/04/13، معدل و متمم.

ومن أجل بحث حماية المغبون في عقد القسمة، لا غنى لنا عن فهم معنى القسمة (الفرع الأول)، وكذا أنواعها (الفرع الثاني)، ونعرض هذا تباعا.

الفرع الأول

مفهوم القسمة

باعتبار أن أسباب كسب الملكية متعددة، فإن حالات انقضاء الشيوع أيضا هي الأخرى متعددة ومن ذلك أن يكسب أحد الشركاء حصص باقي الشركاء جميعها أو يكسب الأجنبي حصص جميع الشركاء، ولكن يبقى أهم سبب لإزالة الشيوع هو القسمة أول ما ينبغي البدء فيه في سبيل إيضاح القسمة وتمهيد مسألة الغبن فيها هو فهم معناها، وهو ما لا يتأتى إلا بتعريفها (أولا)، وببيان خصائصها (ثانيا)، وتفصيلهما على التوالي.

أولا: تعريف القسمة:

يهم معرفة معنى القسمة لغة (1)، وعلى الأخص اصطلاحا (2)، وهما كالآتي.

1 – التعريف اللغوي للقسمة:

القسمة من الناحية اللغوية هي: « قسم: القَسْمُ: مصدر قَسَمَ الشيء يَقْسِمُهُ قَسْماً فانْقَسَم، والموضع مَقْسِم مثال مجلس. وقَسَّمَه: جزَّأَه، وهي القِسمةُ. والقِسْم، بالكسر: النصيب والحظُّ، والجمع أَقْسَام ... يقال: قَسَمْت الشيء بين الشركاء وأعطيت كل شريك مِقْسَمه وقِسْمَه وقَسِيمَه ... وتَقَسَّموا الشيء واقْتَسَمُوه وتَقَاسَموه: قَسَمُوهُ بينهم ... وقَسِيمُك: الذي يُقَاسِمُك أرضاً أو داراً أو مالاً بينك وبينه ... والقَسَّام: الذي يَقْسِم الدور والأرض بين الشركاء فيها... والتقسيم: التفريق ... »[1]

[(1)]– أنظر: **أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور**، لسان العرب، المجلد الثاني عشر، دار صادر للنشر والتوزيع، لبنان، د. س، ص ص. 478، 479.

2 – التعريف الاصطلاحي للقسمة:

لم يتعرض المشرع الجزائري اقتداء بغيره في ذلك لتحديد معنى القسمة وتكييفها القانوني، خلافا لما انتهجه في مختلف العقود الأخرى، وإنما فقط نص عليها ضمن أحكام الملكية الشائعة، وبالتالي يصح القول بأن القسمة هي التصرف المنهي للشيوع[1]، أي العقد المنهي للشيوع.

تعتبر القسمة من أهم أسباب انقضاء الشيوع، ويقصد بها تلك القسمة التي ترد على الملكية، فتزيل عنها وصف الشيوع، وذلك من خلال اختصاص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يوازي حصته فيه، وتعطيها وصف الاستئثار والإفراز ولذلك تسمى عادة "القسمة النهائية"[2].

فدعوى القسمة تعتبر دعوى مختلطة، إجرائية وموضوعية، يقصد بها قسمة المال الشائع وإنهاء حالة الشيوع، فهي دعوى إجرائية كونها تتضمن الإجراءات التي تؤدي إلى اختصاص كل شريك في ملكية المال الشائع، بجزء مفرز يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال الشائع، وهي دعوى موضوعية كون الحكم الصادر فيها يؤثر في الملكية وفي صفات الخصوم فيها، وفي المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص، وفي مختلف المنازعات الأخرى المتعلقة بالقسمة[3] .

ثانيا: خصائص القسمة:

تعتبر القسمة عقدا، لكونها تبرم بتطابق إيجاب وقبول، وهو تعبير عن إرادة الشركاء في الشيوع. وباعتبارها عقدا؛ فإنها تخضع لأحكام العقود عامة، وتسري عليها النظرية

---

[1]– الشيوع هو أن يملك العديد من الأشخاص شيئا واحدا سواء كان هذا الشيء قابلا للقسمة والتفريق أم لا، وتعتبر حصصهم متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك.

انظر المادة 713من الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[2] – أنظر: **محمد حسن منصور**، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها– أسباب كسب الملكية، ط1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص142.

[3]– أنظر: **محمد المنجي**، دعوى القسمة، ، ط1، منشأة المعارف، مصر، 1997، ص.137.

العامة للعقد، وطبعا مع مراعاة ما تنفرد به القسمة من أحكام خاصة، ومن هذا أن: « ... الغبن قد أفرده القانون بأحكام خاصة لأهميته في القسمة ... »[1].

كما أنه من خصائصها أنها من نوع المعاوضات؛ لأن كل شريك يتنازل عن حقه في غير جزئه المفرز في مقابل أن يتنازل غيره من الشركاء عن حقوقهم على جزئه المفرز له، فيأخذ مقابلاً لما أعطاه، وهذا هو معنى المعاوضة.

ويلحق بكون القسمة من عقود المعاوضات أن تكون ملزمة لجانبين لا لجانب واحد فقط، وبالتالي لا يمكن أن ينفرد أحد المتعاقدين بتعديلها أو فسخها بإرادته المنفردة، شأنها في ذلك شأن باقي العقود الملزمة لجانبين.

كما أن القسمة تخضع للقواعد العامة في الإثبات[2]، وبالتالي فإذا تجاوزت قيمة المال الشائع الذي يشكل محل القسمة عن 100.000 دج فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها، أما إذا لم تزد قيمة المال محل القسمة على 100.000 دج؛ فإنه يجوز إثباتها بالبينة والقرائن، وهذا ما يستفاد من نص المادة 333 من ق. م. ج.

من خصائص القسمة كذلك أنها عقد يفرز ملكية كل شريك في الشيوع، وذلك بأثر رجعي، وهو ما تؤكده المادة **730 من ق. م. ج** حيث نصت أنه: « **يعتبر المتقاسم مالكا** للحصة **التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى** » [3].

يستخلص كذلك من هنا أن للقسمة أثر كاشف للملكية لا منشئا لها، فتختلف بذلك عن العقود الأخرى كالبيع؛ لأن هذا الأخير مثلا أثره منشئ لملكية المشتري للشيء المبيع، ومن

---

[1] – أنظر: **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن: حق الملكية، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص. 899.

[2] – أنظر: **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، المرجع نفسه، ص. 893.

[3] – أنظر: الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

خصائص القسمة كذلك أن الغاية منها هي إنهاء حالة الشيوع التي تعتبر حالة مؤقتة واستثنائية تنشئها ظروف معينة مثل حالة الميراث، وبهذا تتميز عن غيرها من العقود.

الفرع الثاني

أنواع القسمة

تعتبر من المسائل الضرورية كذلك عند بحث القسمة معرفة أنواعها، خصوصا وأنه يرد على التنوع في الشيء اختلاف في الأحكام، ونفس الأمر يقال عن القسمة، ويمكن التمييز بين نوعين من القسمة حسب قابليتها للنقض بسبب الغبن، وهما: القسمة الاتفاقية (أولا)، والقسمة القضائية (ثانيا)، ونعرضهما على التوالي.

أولا: القسمة الاتفاقية:

تعتبر القسمة الاتفاقية عقداً كسائر العقود، وفيها يتفق جميع الشركاء على إجرائها بالتراضي فيما بينهم دون اللجوء إلى القضاء، ويتفقون على كيفية قسمة الأموال الشائعة كلها أو بعضها، وهذا الاتفاق يخضع في انعقاده لما تخضع له سائر العقود، فلابد من تراضي الشركاء جميعا ولابد من توافر أهلية التصرف بينهم، بالإضافة إلى وجوب خلو إرادتهم من العيوب التي تشوبها[1].

يجوز تعليق القسمة الاتفاقية على شرط واقف، كما إذا اتفق الشركاء على تعليق القسمة على ما إذا كانت عين من الأعيان الداخلة فيها تثبت ملكيتها للشركاء، كذلك يجوز تعليق القسمة على شرط فاسخ، كما إذا اتفق الشركاء على انفساخ القسمة إذا تحول المال الشائع من أرض زراعية إلى أرض للبناء خلال مدة معينة.

---

[1] – أنظر: **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج8 ،المرجع السابق، ص.892.

إذا أبرم القسمة الاتفاقية بعض الشركاء دون البعض الآخر، فإن الشركاء الذين أبرموه يلتزمون بها، وإذا قام الشركاء الآخرون بإقرارها فتعتبر نافذة في حق الجميع [1]، كما لهم الاتفاق على بيع جزء فقط من المال الشائع وقسمة حصيلة ثمنه عليهم بحسب نصيبهم، على أن يظل الجزء الباقي على الشيوع أو يقتسموه عينا.

قد يتفقون على أن تكون القسمة كلية فتشمل جميع المال الشائع، ويتفقون على أن تكون القسمة جزئية فيبقون بعض المال في الشيوع ويفرزون نصيب كل منهم في المال الباقي أو يتفقون على تجنيب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحدهم[2] .

ثانيا: القسمة القضائية:

إذا لم تكن القسمة اتفاقية إما لمانع قانوني أو لعدم اتفاق الشركاء في الشيوع عليها، فلا يبقى سوى أن تكون القسمة عن طريق القضاء، وهذه هي القسمة القضائية، أو بعبارة أخرى نقول أن القسمة القضائية هي التي يجريها القضاء في حالات معينة لا تلائمها القسمة الاتفاقية.

ذكر المشرع الجزائري حالات القسمة القضائية، حيث أشار في المادة **723 من ق. م. ج** المذكورة سابقاً إلى أنه: «... **فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون** ». فيتبين من هذه العبارة أنه لا يمكن إجراء قسمة اتفاقية عند وجود شريك ناقص الأهلية من بين الشركاء.

في هذه الحالة لا ننسى أن هذا القاصر يخضع لأحكام النيابة الشرعية الواردة في قانون الأسرة؛ فإذا ناب عنه وليه لإجراء القسمة الاتفاقية فلا يستطيع ذلك إلا إذا حصل على إذن من المحكمة وهذا ما نصت عليه المادة **88 من ق. أ. ج**[1].

---

[1]– أنظر: **رمضان أبو السعود**، المرجع السابق، ص.549.

[2]– أنظر: **حيتوس عمار**، الملكية الشائعة في الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، د.س،ص.249.

فإذا استأذن الولي المحكمة فيحتمل الأمر فرضين: الأول أن ترفض المحكمة منح الإذن في إجراء القسمة، وعندئذ يتعين أن تكون القسمة قضائية، والفرض الثاني أن تأذن المحكمة مبدئيا في إجراء القسمة الاتفاقية وتضع لها ضوابط معينة، وعندما يعرض عليها عقد القسمة للتثبت من عدالته لا تقره، وهنا تقرر المحكمة اتخاذ إجراءات القسمة القضائية[2].

تجدر الإشارة إلى أن الوصي والمقدم يأخذان حكم الولي أيضاً بالنسبة للقسمة، فيكون واجباً عليهما الحصول على إذن المحكمة في إجراء قسمة عقار من تحت نيابتهما؛ لأنهما يخضعان لأحكام المادة **88 من ق. أ. ج**، وذلك طبقاً للمادتين **95 و 100 من نفس القانون.**

نصت المادة **1/724 من ق. م. ج أنه:** « **إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة** »[3]. وهذا النص واضح، حيث أنه في حالة ما إذا لم يتفق سائر الشركاء على إجراء القسمة؛ فإنه للشريك أو لبعض الشركاء الذين يريدون القسمة والخروج من الشيوع أن يرفعوا دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة من أجل المطالبة بها[4].

وبطبيعة الحال؛ إذا رفعت دعوى المطالبة بالقسمة واستجابت لها المحكمة؛ فإن هذه الأخيرة تتخذ إجراءات القسمة القضائية، تجدر الإشارة هنا إلى نقطة مهمة جدا تتمثل في أنه لابد أن يكون الشريك الذي يطالب بالقسمة غير مجبر على البقاء في الشيوع[5].

---

[1] – أنظر: الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 18محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير2005، ج ر عدد15 مؤرخ في 27 فبراير2005.

[2]– أنظر: **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط، ج7، المرجع السابق، ص. 910.

[3] – أنظر: الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[4] – أنظر: **عفيف شمس الدين**، الوسيط في القانون العقاري، الملكية العقارية، ط2، ج2، منشورات زين الحقوقية، د.ب.ن، 2011، ص.106.

[5]– أنظر: **محمد حسين منصور**، ص.165.

هذا ما تؤكده المادة **722 من ق. م. ج** حيث تنص أنه: « **لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق.**

ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات، فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه »[1].

المطلب الثاني

الإطار القانوني لحماية المغبون في القسمة الاتفاقية

تعتبر القسمة الاتفاقية طريقة لإنهاء حالة الشيوع واقتسام المال الشائع بطريقة عادلة ومتساوية بين الشركاء، لكن في بعض الحالات تكون هذه القسمة غير منصفة في حق أحد الشركاء لذلك أعطى له المشرع حماية لحقه عن طريق دعوى نقض القسمة للغبن، إذ يستوجب أن تتوفر على شروط رفعها (الفرع الأول)، وتحققت هذه الشروط تؤدي إلى إحداث آثار قانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط نقض القسمة بسبب الغبن

يجوز للمتقاسم المغبون التمسك بنقض القسمة تحقيقا للعدالة، وطبعا يقتضي ذلك أن يتوفر مجموعة من الشروط يمكن إجمالها في الشروط الموضوعية (الفرع الأول)، والشروط الشكلية (الفرع الثاني).

أولا: الشروط الموضوعية

تعتبر الشروط الموضوعية في دعوى القسمة شروط ضرورية لسماع الدعوى، فلا يجوز نقضها إذا كان موضوعها مخالف للطلب الرامي من الدعوى، فموضوع الدعوى هو الذي

---

[1] – أنظر: الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

يبين إذا كانت الدعوى قد استوفت حقا واجبا للمطالبة به، ومن خلال هذا فقد جعل المشرع نقض القسمة الاتفاقية دون غيرها (أولا)، وكذلك حددها بمقدار قانوني (ثانيا)، واشترط كذلك عدم التنازل عن حق نقض القسمة (ثالثا).

1: اعتبار القسمة اتفاقية:

لقد نصت المادة **723 من ق. م. ج أنه:** « **يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون** »[1].

للشركاء على الشيوع أن يتفقوا على القسمة سواء كانت عينا أو عن طريق التصفية، وكون الشريك ناقص الأهلية لا يمنع من قيام النائب عنه بعد استئذان المحكمة بإجراء القسمة الاتفاقية وعرض هذه القسمة على المحكمة حتى تصبح نافذة في حق هذا القاصر، وهذا وفقا لنص المادة **88 من ق. أ. ج**[2].

أما إذا كان النائب عن القاصر وليا، في هذه الحالة على هذا الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص[3].

---

[1] – أنظر: الأمر رقم 75 – 58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[2] – أنظر: الأمر رقم 84–11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[3]– يوجد اختلاف بين الرجل الحريص والعادي حيث أن هذا الأخير يعتبر التزامه بسيط ويقوم بما يقوم به عامة الناس في سبيل إتمام العمل، ومثال ذلك ما يقوم به المحامي والمهندس في أعمالهم حيث أنهم يلزمون بالقيام بالحدود المعقولة من الجهد الذي يتفق مع مهنتهم، بينما الرجل الحريص فهو أشد حزما، وهو ملزم ببذل عناية من نوع خاص تفوق تلك التي يبذلها الشخص العادي ومثاله طبيب التجميل الذي لا يكتفي بالقيام بأمور معقولة في سبيل تحقيق مراد الشخص، بل هو ملزم بتحقيقه كما تم الاتفاق عليه في العقد دون أخطاء أو تقصير وإلا عد بذلك مقصرا يمكن مساءلته قانونيا.

انظر شبكة قانوني الاردن، الفرق بين الرجل العادي والرجل الحريص

WWW.LAWJO.NET 12:38 ، 2015/06/07.

وفي حالة كون القسمة الاتفاقية قد بوشرت من طرف شخص ناقص الأهلية، ففي هذه الحالة تعتبر القسمة قابلة للإبطال، وتتوقف على الإجازة وذلك لكون القسمة من المعاوضات أي أنها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر [1].

ومما تهم الإشارة إليه في هذا الموضع أن نقض القسمة للغبن يكون فقط في القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية، ولكونها عقدا فهي تخضع للقواعد العامة التي تجب إلى جانب الغبن المادي، وجود استغلال ما في المتعاقد الآخر من هوى جامح أو طيش بين.

تهدف القسمة إلى تحقيق المساواة والاستقرار بين المتقاسمين بحيث يكون لكل متقاسم نصيب يعادل حصته في الملكية الشائعة، لذلك اعتبر المشرع الغبن عيب في القسمة، ويكفي تحققه وحده لنقض القسمة وإجازة الغبن يكون عن طريق نقض القسمة الحاصلة بالتراضي ولو لم يكن هناك استغلال لهوى أو طيش[2].

ولكن قد ترد القسمة على عدة عقود مجزئة، فالغبن ينظر إلى كل العقود وليس كل عقد على حدا؛ فإذا كان احد الشركاء قد أصابه غبن لا يزيد عن الخمس لا يجوز له طلب نقض القسمة للغبن، أما إذا أصابه غبن تجاوز الخمس فانه يجوز له نقض العقود جميعها؛ لأن هذه العقود تعتبر مراحل متعاقبة في قسمة كلية أو جزئية.

فالعبرة في نقض القسمة للغبن هي بالعقد الحقيقي وليس بالعقد الصوري[3] بخصوص عقد القسمة الاتفاقية، وإذا كان العقد الذي يراد به القسمة هو عقد احتمالي، فلا يجوز

---

[1] – أنظر: **مصطفى محمد الجمال**، نظام الملكية، ط2، د د ن، د.ب. ن، 2000، ص.ص. 169.170.

[2] – أنظر: **رمضان أبو السعود**، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها و مصادرها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص107.

[3] – العقد الصوري هو اتخاذ مظهر غير حقيقي لإخفاء تصرف حقيقي، وذلك بأن يتفق الطرفان على إخفاء عقد ما تحت ستار عقد آخر، أو هي اصطناع مظهر كاذب لإخفاء تصرف حقيق،فالتصرف الظاهر يكون صوريا أما التصرف المستتر فيكون حقيقيا، فقد يلجأ المتعاقدان إلى إخفاء حقيقة تصرف قانوني تم إبرامه بهدف الاحتيال على أحكام القانون ، مثل إخفاء الهبة تحت ستار البيع ، لأن رسوم الهبة أعلى من رسوم البيع..

انظر: **علي فيلالي**،الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008.ص.87.

نقض هذه العقود بسبب تحقق عيب الغبن؛ لأن هذه العقود الاحتمالية تأبى بطبيعتها أن تنقض للغبن[1].

2: توفر المقدار القانوني:

تنص المادة **1/732 من ق. م. ج أنه** : « **يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت احد المتقاسمين انه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس ...** »[2]، فالغبن وحده كاف لجعل القسمة قابلة للإبطال، والمشرع من خلال هذا جعل بمجرد حصول الغبن في القسمة الاتفاقية يجاوز الخمس جاز نقض القسمة.

ليس من الضروري أن يصحب الغبن تدليس أو غلط، أو أن يكون الغبن نتيجة لاستغلال طيش بيِّن أو هوى جامح في الشريك المغبون، فتحقق الغبن في القسمة وحده يعتبر سببا كافيا لجعل عقد القسمة سبب لقابلية الإبطال، والعبرة في ذلك يرجع إلى استقرار المعاملات، فلو فتح المجال للطعن في القسمة بمجرد وجود تفاوت في الأنصبة لما استقرت القسمة على عكس ما هو سائر عليه.

إن تقدير الغبن يكون وقت القسمة و بحسب الحصة التي آلت إلى الشريك و ما نقص منها، فالغبن هنا هو ذلك الفارق الموجود بين الحصة الحقيقية للشريك المغبون و الحصة التي آلت إليه بعد القسمة التي تجاوز الغبن فيها الخمس من قيمة المال الشائع.

فلو فرضنا أن القيمة الحقيقية للمال الشائع وقت القسمة هي خمسون ألف (50000) دج وكان هناك خمس شركاء يملكون حصص بالتساوي، كانت القيمة الحقيقية لكل شريك لا تتجاوز عشرة آلاف (10000) دج من نصيبه المقرر، حتى يعتبر الشريك مغبونا يجب

---

[1] – أنظر: **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية (1)، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن ، ص 205.

[2]– أنظر: الأمر رقم 75 – 58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

أن تنزل قيمة نصيبه المفرزة بعد القسمة عن 4 أخماس القيمة الحقيقية للنصيب المفرز من المال الشائع أي أقل من (8000) دج.

وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا، المجلس الأعلى سابقا بتاريخ 1982/04/14 تحت رقم 19926 جاء فيه: « حيث أن التقرير الذي صادق عليه قضاة الموضوع اكتفى بتقسيم أموال التركة الإجمالية وقارنها بقيمة نفس الأموال التي جاءت في تقرير القسمة، فكان ينبغي على الخبير أن يقوم:

أولا: تقييم أموال التركة وقت القسمة، و نصيب الشريك المغبون.

ثانيا: تقييم قيمة نصيب الشريك المغبون حسب القيمة.

ثم يجري مقارنة بين القيمتين لمعرفة ما إذا كان الشريك المدعي قد لحقه غبن...»[1].

يقدر نصيب كل شريك في المال الشائع بواسطة خبير عند الاقتضاء، إذن العبرة من التقدير هي القيمة الحقيقية للمال الشائع وقت القسمة و كذلك الحصة الحقيقية لكل شريك، وإذا كان نصيب احد الشركاء وقت القسمة يزيد عن هذه القيمة أو ينقص عنها، و يعتبر الشريك مغبونا إذا كان الضرر الذي أصابه من جراء القسمة يتجاوز الخمس، و إذا كان لا يتجاوز هذا المقدار فلا يكون له الحق في نقض القسمة للغبن[2].

إن تقدير الغبن راجع إلى معيار مادي و هو الغبن الذي يزيد عن خمس قيمة نصيب المتقاسم عند القسمة، فالمصلحة لا تقضي نقضها للقسمة بعد تمامها لمحو تفاوت طفيف لا يعتد به في قيمة الأنصبة، وذلك نظرا لما يتطلبه عادة من نفقات و إجراءات يتعين إعادة البدء فيها من جديد عندما يستلزم الأمر ذلك[3] .

---

[1] – أنظر: (المحكمة العليا)، نشرة القضاة، القرار رقم 19926 المؤرخ في 1982/04/14، عدد خاص، سنة 1982، ص.111.

[2] – أنظر: **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية (1)، المرجع السابق، ص.901.

[3] – أنظر: **نبيل إبراهيم سعد**، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري و اللبناني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص.178.

حسب القرار رقم 43.462 المؤرخ في : 1987/12/16 الذي جاء فيه « **من المقرر قانونا أنه لا يجوز الرجوع في القسمة بالتراضي إلا إذا اثبت احد المتقاسمين أنه لحقه غبن يزيد على الخمس ومن ثمة فإن النص على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس يستوجب رفضه..**»[1] .

3: عدم التنازل عن حق نقض القسمة:

يجب على المتقاسم المغبون عدم تنازله صراحة أو ضمنيا عن حقه في نقض القسمة للغبن، و تنازله يعتبر سقوط حقه في مباشرة الدعوى و اصطحابه بإعمال، مثلا: قيامه بعد تسليم حصته بالتصرف فيها، فالعقد الذي تجاوز مقدار الخمس يعتبر عيب في القسمة فيجوز نقضها.

إذن فتصرف الشريك في كل أو جزء من نصيبه بعد علمه بوقوعه في الغبن الذي أصابه، يمكن أن يعتبر إجازة ضمنية للقسمة، و كذلك يشكل تنازلا عن حقه في طلب نقضها واستيفاء حقه وفقا لما تقضي به العدالة والمساواة بين الشركاء، وذلك على دلالة نيته التي اتجهت إلى التجاوز عن هذا العيب وإلى الرضا بالقسمة.

نظرا لكون القسمة عقد قابل للإبطال فإن للشريك الذي تقرر لمصلحته هذا الإبطال حق إجازة هذا العقد، فيصبح بعد الإجازة غير قابل للنقض للغبن، وتستقر القسمة بعد هذه الإجازة، وقد تكون الإجازة ضمنية إذا نفذ الشريك المغبون عقد القسمة تنفيذا اختياريا بعد علمه بالغبن الذي لحق به، أما في حالة تنفيذه للقسمة دون علمه بالغبن الذي لحقه فلا يعتبر تنفيذه هذا إجازة ضمنية منه[2].

---

[1] – أنظر: **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية (1)، نفس المرجع، ص.904.

[2] – أنظر: **حيتوس عمار**، المرجع السابق، ص.259.

هذا وفقا لنص المادة **100 من ق.م.ج و التي تنص: « يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية و تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون الإخلال بحقوق الغير»**[1].

وتقدير هذه الظروف للطرف المغبون يرجع إلى اختصاص محكمة الموضوع، ولكن لا يوجد عبرة بتنازل الشريك مقدما عن حقه في طلب نقض القسمة لان هذا الحق لا يتحقق إلا بتحقق الغبن فعلا، وهو ما لا يتحقق إلا بتمام القسمة وتوزيع الحصص على الشركاء ومن ثمة فلا يعتد بهذا التنازل[2].

ثانيا: الشروط الإجرائية

إلى جانب الشروط الموضوعية السالفة الذكر، والتي يجب توفرها لقيام دعوى نقض القسمة؛ فإنه يستلزم توفر شروط إجرائية أيضا وهذا ما سنتطرق إليه من خلال ميعاد رفع هذه الدعوى (أولا)، وأطرافها (ثانيا).

1: ميعاد رفع دعوى نقض القسمة:

نصت المادة **2/732 من ق. م. ج أنه: « يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته »**[3].

يتضح من خلال هذه المادة أنه يجب أن ترفع دعوى نقض القسمة خلال السنة التالية لعقد القسمة، سواء علم الشريك المغبون أم لم يعلم، فالأجل مقترن بالعقد لا بالعلم، وهذا

---

(1) – أنظر: الأمر رقم 75 – 58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

(2) – أنظر: **محمد حسين منصور**، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها- أسباب كسب الملكية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص.151.

(3) – أنظر: الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

الميعاد يعد من مواعيد السقوط التي لا تقبل الوقف أو الانقطاع، ويقع عبء إثبات الغبن الزائد على الخمس على الشريك المغبون المدعي في دعوى نقض القسمة .

ويتم ذلك بكافة طرق الإثبات لأن محل الإثبات هنا واقعة مادية، فإذا تحقق القاضي من الغبن على النحو المقدم، قضى بنقض القسمة وإبطال عقدها دون أن تكون له سلطة تقديرية في ذلك.

وهذا ما جاء أيضا في القرار رقم **196366 المؤرخ في 2000/07/26** والذي يقضي بأنه: « **يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا ثبت غبن يزيد عن الخمس و يجب رفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، ومن ثم فان القضاء ببطلان القسمة التي تمت سنة 1956 لوجود غبن وبحجة أنها منصفة وجزئية يشكل خطأ في تطبيق القانون** »[1].

تبدأ مدة السنة من تاريخ شهر القسمة حسب نص المادة **15** من الأمر رقم **75 – 74 المؤرخ في 1975/11/12** المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري إذا كان محل القسمة عقار فيجب أن ترفع في ورقة رسمية و يجب شهره، أما في حالة كون محل القسمة منقولا فعقد القسمة يكون رضائيا، دون إجراءات شكلية[2].

تحسب مدة السنة وفقا للتقويم الميلادي ولا يعذر بجهل القانون، وهذا ما ورد في نص المادة **03 من ق. م. ج** حيث أنه: « **تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك** »[3]. فالسنة تحسب من وقت القسمة لا من وقت علم الطرف المغبون بالغبن؛

---

[1] – أنظر: (المحكمة العليا)، الغرفة العقارية، القرار رقم 196366 المؤرخ في 2000/07/26، مجلة الاجتهاد القضائي، سنة 2004، ج1، ص.279.

[2]– أنظر: **محمد عبد الرحمان الضويني،** أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون، د ط، دار الفكر الجامعي، 2001، ص.390.

[3] – أنظر: الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

لأنه يمكن عند علمه بالغبن أن تكون المدة قد انتهت؛ بل حتى لا يتهاون في رفع الدعوى حتى يفوت الميعاد القانوني ثم يبرر ذلك بعدم علمه.

كما أن الحكمة من قصر المشرع الأجل على مدة السنة هي تحقيق الاستقرار النهائي المنهي للشيوع، حتى لا يبقي مصير القسمة في نزاعات مطولة ومتكررة.

نلاحظ كذلك اختلاف المدة بين عقد البيع وعقد القسمة، ففي عقد البيع حسب نص المادة **359 من ق. م. ج** فدعوى تكملة الثمن تسقط بالتقادم بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع، أي أن المدة في عقد البيع تقدر بثلاث (03) سنوات من وقت إبرام العقد، بينما في عقد القسمة فكما نصت المادة **2/723** من نفس القانون لا تزيد المدة عن سنة واحدة، أي أن حظ البائع أوفر من حظ الشريك المتقاسم.

2: أطراف دعوى نقض القسمة:

أ – المدعي :

المدعي في دعوى نقض القسمة الاتفاقية هو الشريك المغبون، أي الذي لحقه غبن يزيد عن الخمس وقد يحصل في القسمة الاتفاقية كذلك تعدد الشركاء المغبونون، ووفقا لاعتبار القانون قد أعطى لهم الحق في طلب رفع الدعوى، ونقض القسمة سواء رفعوا الدعوى متفردين كل واحد بدعوى مستقلة أو مجتمعين في دعوى واحدة الغرض منها تحقيق هدف واحد من هذه الدعوى.

أما الشريك الغير المغبون أي الذي لم يلحقه غبن من القسمة الاتفاقية الذي لم يتجاوز المقدار القانوني، فلا يجوز له رفع الدعوى أو الاحتجاج بها لعدم وجود سبب بخلاف الشريك المغبون الذي استمد حقه من وجود السبب، وهو تحقق واقعة جعلته صاحب حق في رفع دعوى نقض القسمة للغبن[1].

---

[1]– أنظر: **محمد المنجي**، موسوعة الدعاوى العملية، دعوى القسمة، ط1، منشأ المعارف، الإسكندرية، 1996، ص.198.

يمكن أن ينتقل حق المطالبة برفع دعوى نقض القسمة للغبن من الشريك المغبون إلى ورثته، ويجوز للوارث بعد وفاة الشريك المغبون أن يرفع الدعوى إذا لم يقم مورثه برفعها ومباشرتها قبل وفاته، أو أن يقوم بإجراء الاستئناف والسير بالدعوى المرفوعة بالفعل بعد انقطاع الخصومة فيها بحكم القانون بوفاة مورثه .

كذلك يجوز لدائن الشريك المغبون أن يرفع دعوى الغبن أو يواصل السير فيها باسم مدينه وذلك طبقا للقواعد المنصوص عليها في الدعوى الغير مباشرة[1]، وذلك بممارسة الدائن دعوى مدينه، وذلك ما نصت عليه المادة **189 من ق. م. ج**؛ إذ أنه: « **لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين** . . . ».

وكذلك نص المادة **190 من ق. م. ج** :« **يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه** ...»[2].

ب – المدعى عليه :

المدعى عليه هو الطرف المقابل في الدعوى بسبب تحقق واقعة مادية وهي الغبن، وهم مجموع الشركاء المشاعون ولأن الهدف من هذه الدعوى يتجلي في إبطال القسمة التي اتفقوا عليها وجب على المدعى اختصامهم[3].

---

[1] – الدعوى غير المباشرة هي وسيلة يستخدم فيها الدائن سلطة مدينه في المطالبة بحقوقه ضد مدين المدين، وذلك باسم مدينه ونيابة عنه وتختلف صورة هذه الدعوى باختلاف الوسائل التي يستطيع الدائن اتخاذها أو تحقيقها من وراء هذه الدعوى.

أنظر: **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، نظرية العقد، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، وهو أحد أجزاء أربعة، دار الفكر، بيروت، ص.751.

[2] – أنظر: الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[3] – أنظر: **محمد المنجي**، المرجع السابق، ص.198.

الفرع الثانـي

آثار نقض القسمة

يتجلى من تحقق الغبن في القسمة الاتفاقية جواز نقض القسمة بسبب الغبن وباعتبار الشريك المغبون قد حظي بالحماية من خلال هذه الدعوة التي تهدف إلي بيان الحكم الصادر في هذه الدعوى (أولا)، ولذلك كيفية تفادي نقض القسمة (ثانيا).

أولا:الحكم في دعوى نقض القسمة

حسب نص المادة **732 من ق. م. ج** فالحكم الصادر في دعوى نقض القسمة الاتفاقية للغبن الهدف منه هو إبطال تصرف الشريك المغبون من القسمة، ويهدف إلى هدم وإسقاط القسمة الحاصلة بالإجماع بين الشركاء في عقد القسمة الاتفاقية وذلك لكي يتسنى إجراء قسمة جديدة.

يقوم القاضي بالتحقيق بوقوع الغبن أو السبب في رفع الدعوى وهو الغبن الذي تجاوز المقدار القانوني الذي هو الخمس، ويشمل هذا الغبن الحصة الواقعة في نصيبه ويجب على القاضي الحكم بإبطال عقد القسمة حيث لا يكون للقاضي السلطة التقديرية في القضاء بالإبطال أو عدم الإبطال، وهذا هو الفرق الذي تجده في دعوى الفسخ ودعوى الإبطال .

ففي دعوى الفسخ يخضع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي بخلاف دعاوى الإبطال فإن الأمر يحتّم على القاضي أن يقضي بإبطال العقد متى تحقق سبب الإبطال[1].

في حالة النص على إبطال العقد يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد فإذا كان هذا الأمر مستحيلا وجب تعويض معادل وفقا للمادة **103 من ق. م. ج** التي تنص أنه: « **يعاد المتعاقدان إلي الحالة التي كان عليهما قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل** ».

[1] – أنظر: **محمد المنجي**، المرجع السابق، ص.205.

فأول أثر لنقض القسمة الاتفاقية هو إبطالها واعتبار أن القسمة كأن لم تكن، ويكون لهذا الحكم أثر رجعي، وهذا الأثر يمتد ويعيد المتقاسمين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل القسمة، وهذا وفقا لنص المادة **103** السابقة الذكر بينما يتمثل الأثر الثاني لسقوط القسمة هو سقوط تصرفات باقي الشركاء في الحصص المفرزة وعودة الحصص إلي حالة الشيوع الأصلية، وتكون خالية من الحقوق التي تترتب بالغير.

يتمثل الأثر الثالث في بقاء أعمال الإدارة التي أجراها باقي الشركاء في الحصص المفرزة التي وقعت في نصيبهم نتيجة للقسمة ومحتفظة بأثرها بعد نقض القسمة، وآخر أثر هو جواز الشركاء الالتجاء إلى القضاء بطلب إجراء قسمة قضائية لذات المال الشائع.

ثانيا: تفادي الحكم بنقض القسمة

حسب نص المادة **2/732 من ق. م. ج**؛ فإنه يجوز للمدعي عليه في دعوى نقض القسمة أن يوقف سير الدعوى ومنع سير قسمة جديدة، وذلك بأن يقوم بإكمال حصة الشريك المغبون إلى مقدار يمنع الغبن أو إلى ما يحقق العدل والتوازن بين الحصص، وكذلك لا يكفي لوقف السير في الدعوى أن يعرض المدعي عليه على المدعى تكملة حصته إلى الحد المعقول بتكملة حصة الشريك المغبون الذي يزيل الغبن.

تختلف قيمة التكملة في دعوى القسمة الاتفاقية عن غيرها من الدعاوى مثل دعوى الغبن عن طريق الإسقاط، فدعوى الغبن في القسمة الاتفاقية تكون التكملة إلى الحد الذي يحقق المساواة بين حصة الشريك المغبون والشريك المدعي عليه، وذلك راجع إلي اعتبار القسمة تهدف إلي تحقيق الإنصاف و العدل وتساوي الحصص التي ثبتت لهم بسبب حقهم في الشيوع[1].

فوجود هذا الحق في الشريك المغبون هو الذي أوجب احترامها عند القسمة، وإذا لم يحترم هذه الحقوق في عقد القسمة يعد ذلك إهدارا بمبدأ العدل والمساواة، وفي دعوى الغبن

---

[1] – أنظر: **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج8، (حق الملكية)، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، 2000، ص.908.

الاستغلالي تكون التكملة إلي الحد الذي يقضي ويرفع الغبن الفاحش الذي تجاوز المقدار القانوني الذي لا يمكن درؤه.

لاعتبار أن البيع و المقايضة يقوم على فكرة المعاوضة[1]، الإبطال أو إنقاص الالتزامات ويجوز للمدعى عليه أن يتوقى هذه الدعوى إذا عرض ما يراه القاضي كاف لرفع الغبن، فإنقاص الالتزامات هنا ليس من الضروري لرفع الغبن عن المتعاقد المغبون كليا و إنما يكفي إزالة الغبن الفاحش.

إضافة إلى ملحقات التكملة وهو تعويض الشريك المغبون لتكملة النقص في الحصة التي آلت إليه، وتشمل ثمرات النقص وفوائده ويكون محدد بمدتين، وهي من يوم القسمة حتى يوم الدفع، ويمكن أن تكون التكملة بإحدى الطريقتين:

الطريقة الأولى: تكون بتقديم النقود، أي بإعطاء الشريك المغبون مبلغا نقديا يعادل ما نقص من حقه.

الطريقة الثانية: تكون بتقديم عين، وذلك بأن يقدم له جزء من المال الشائع الذي وقع في حصته، فالطرف المغبون له الخيار بين الطريقتين والرجوع إلى ميعاد التكملة يكون في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، سواء كانت أمام المحكمة الابتدائية أو أمام المحكمة ثاني درجة أو بعد صدور حكم نهائي في نقض المال الشائع فتكملة المدعى عليه[2].

---

[1] – المعاوضة هو العقد الذي ينشأ عنه التزام إرادي حر بين المتعاقدين بأداء التزاماتهما المتقابلة أخذا و إعطاء لتملك عين أو الاستفادة من منفعة أو خدمة أو اكتساب حق مالي، فتتكافأ فيه الكفتان من حيث الحقوق و الالتزامات.
أنظر: منتدى الأوراس القانوني، أقسام العقود في القانون المدني الجزائري.
http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t780-topic

[2] – أنظر: **نبيل إبراهيم سعد**، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري و اللبناني، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، 2003، ص.178.

الفصل الثاني

حماية المغبون دون النظر إلى مقدار الغبن

لقد سبق البحث عن حماية الشخص الذي يقع في الغبن بالنظر إلى مقدار الغبن، لكن الظاهر أن المشرع الجزائري لم يكتف بهذه الحماية فقط بل وسع مجال الحماية لتشمل المغبون في أحوال لا يتحقق فيها مقدار الغبن القانوني، ومن ذلك فإنه قرر حماية الشخص الواقع في استغلال وكذا المذعن في إطار الشروط التعسفية.

لتوضيح هذه المسائل يتعين التعرض لحماية المغبون في حالة الاستغلال (المبحث الأول) وحماية المغبون في حالة الشروط التعسفية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الحماية في مواجهة الغبن الناجم عن الاستغلال

يجب أن تتوفر إرادة سليمة و غير معيبة من أجل التعاقد، وإلا يكون العقد على غير ما أريد منه، ومن هذه العيوب أن يقع المتعاقد تحت الاستغلال، فيغبن ويستغل بما يحقق المصلحة للطرف الآخر، ومثل هذا يعد منافيا للعدالة التعاقدية، ولذلك تدخل المشرع وقرر ما من شأنه إعادة العدالة للعقد، ولفهم هذه المسائل يتعين تحديد الاستغلال (المطلب الأول)، ثم آثاره (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

تحديد الاستغلال

يعد فهم الاستغلال و معرفة حالاته مسألة في بالغ الأهمية، لا يستغنى عنها، ولا يمكن الحديث عن آثاره إلا بعد تحقق شروطه، وبالتالي يتعين قبل البحث في أثار الاستغلال التطرق إلى مفهوم الاستغلال (الفرع الأول)، وكذا شروطه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الاستغلال

قبل الخوض في التفاصيل المتعلقة بالاستغلال، يستدعي الأمر فهمه، إذ لا يمكن الحديث عن تفاصيل مسألة غير مفهومة أو غامضة، ومن أجل فهم الاستغلال يتعين التطرق إلى كل من تعريفه (أولا)، وتحديد خصائصه (ثانيا) وتمييزه عن الغبن (ثالثا)، ونعرض هذه المسائل تباعا:

أولا: تعريف الاستغلال

تناول التقنين المدني الجزائري الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة، حيث نصت المادة **90 ق.م.ج** منه على ما يلي: « **إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد**» [1] .

يتضح من خلال هذه المادة أن الاستغلال هو أن يقدم أحد المتعاقدين على انتهاز حالة الضعف في إرادة المتعاقد الآخر من طيش بيّن أو هوى جامح انتهازا من شأنه أن يغبن هذا المتعاقد والذي كان ضحية تلك الحالة التي وجد فيها، ويجعله يبرم تصرفا معينا للحصول على مزايا دون مقابل، أو تتفاوت تفاوتا غير مألوف مع ما يحصل عليه المتعاقد، وما كان المتعاقد ليقدم على إبرامه لولا هذا الاستغلال[2].

---

[1]– انظر: الأمر رقم 75 – 58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[2]– أنظر: محمد سعيد جعفور، **نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**، د.ط، د.س،الجزائر، ص.94.

عرّفه أيضا الأستاذ محفوظ لعشب: « الاستغلال هو غبن مصحوب بالجانب النفسي، الذي يؤثر على سلامة التقدير نتيجة لعاملين، عامل في الطرف المغبون كالطيش والهوى، وعامل في الطرف الغابن وهو قصد استغلال ذلك العيب للحصول على مزايا تفوق كثيرا قيمة المبادلة »[1].

ثانيا: خصائص الاستغلال

أول ما يتميز به الاستغلال أنه عيب يعيب إرادة المتعاقد، فيكون في غير الحالة التي أرادها المشرع من أجل تمكينه من التعاقد، أو بعبارة أخرى، يعد الاستغلال مؤثرا في إرادة الشخص، فإذا تصادف إبرامه لتصرف قانوني مع وقوعه في استغلال من طرف شخص آخر، فإن القانون قد قرر له ما يرفع به هذا العيب.

ذلك هو ما يصطلح عليه بالبطلان النسبي، وهو مقصور على الطرف الذي تعيب إرادته، ولا يجوز لغيره أن يطالب بالإبطال،وذلك حسب ما جاء في نص المادة **99 ق.م.ج** في نصها: « **إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق** [2] » .

لقد أمكن وضع قاعدة عامة للاستغلال في جميع التصرفات، شأنه في ذلك شأن سائر عيوب الإرادة، وذلك لكون المتعاقد المغبون قد تعاقد تحت تأثير عيب الغبن فإرادته حينها إرادة معينة، وذلك لكونها لا تتمتع بالحرية الكافية لإبرام العقود، ولكن ذلك لا يكفي للطعن في العقد وإنما يجب أن يلحق به غبن جسيم، وأن يكون المتعاقد الآخر قد أراد استغلال تلك الظروف[3].

---

[1]– أنظر: **محفوظ لعشب**، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط.3، الجزائر، 2006، ص.184-185.

[2]– أنظر: الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[3]– أنظر: **توفيق حسن فرج**، النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام)، ط.3، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، د.س، ص.167.

إن دعوى الاستغلال تعتبر كاستثناء في عيوب الإرادة كون له دعوتين، إما الإبطال أو الإنقاص، أما سائر العيوب فلها دعوى واحدة و هي دعوى البطلان، و نجد أيضا أن الاستغلال يرد على العقود المحددة و يرد على عقود المعاوضة وهذه كقاعدة عامة، لكن استثناءا نجده يرد على العقود الاحتمالية، مثال: شيخ كبير باع عقارا ذو قيمة عالية بمرتب مدى الحياة.

كما أنه من خصائص الاستغلال كذلك أن الطرف الصادر منه الاستغلال يحق له أن يتوقى الحكم بالإبطال في عقود المعاوضة إذا عرض على المتعاقد المغبون ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، فإذا كان العقد بيعا طلب البائع المغبون إبطاله جاز للمشتري أن يعرض زيادة في الثمن تكفي لرفع الغبن .

ثالثا: التمييز بين الاستغلال و الغبن

نجد في بعض الكتب أنه أورد كلمتي: (الاستغلال أو الغبن)، أو نجد أيضا: الاستغلال(الغبن)، وهذه العبارات ليست صحيحة كون أنه يوجد فروق بينهما وذلك كون الاستغلال عيب في الإرادة إلى جانب العيوب الأخرى المتمثلة في الغلط، التدليس و الإكراه، بينما الغبن عيب في العقد.

نجد أن المشرع الجزائري أخذ فيما يخص الغبن من المشرع الفرنسي ولكنه أخطأ لأنه أخذ بتطبيقات الغبن ولم يأخذ بالقاعدة العامة، إن المعيار المعتمد عليه في الاستغلال هو معيار نفسي وليس مادي كما هو الشأن في الغبن، والفرق الأخير، هو أنه يكلف المدعي في دعوى الغبن بإثبات عدم التعادل بين المبيع والثمن كون أساسها مادي، عكس دعوى الاستغلال القائمة على الأساس النفسي، حيث يجب على المدعي إثبات أنه كان تحت وطأة الطيش أو الهوى أو غيرها من الحالات المشابهة لها [1].

أما فيما يخص الاستغلال فقد وضع قاعدة عامة بشأنه في جميع التصرفات، كما يتبين أيضا هذا التمييز من حيث أن الغبن هو الخسارة المالية التي تلحق في عقود المعاوضات

([1])– أنظر: **بلحاج لعربي**، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري،ج1، المصادر الإرادية(العقد والإرادة المنفردة)، د.ط، دار هومة، الجزائر، د.س، ص. 466. 467.

أحد المتعاقدين نتيجة عدم التعادل بين الالتزامات التي يوجبها العقد على طرفيه، فالغبن باعتباره كذلك فإنه لا يتصور إلا في المعاوضات، أما الاستغلال فيقع على جميع التصرفات[1] .

الفرع الثاني

شروط الاستغلال

باستقراء نص المادة **90** من ق.م.ج السالفة الذكر فإنه يلزم توفر جملة من الشروط لقيام الاستغلال الذي يعيب الإرادة، ويمكن حصر هذه الشروط في وجود تصرف قانوني (أولا)، وتوفر عنصر الاستغلال (ثانيا) .

أولا: وجود تصرف قانوني

لابد من أجل الحديث عن الاستغلال أن يكون هناك تصرف قانوني، وهذا الأخير قد يكون عقدا، ونطاق الاستغلال يشمل جميع الحالات و كل العقود و ذلك متى توفرت جميع شروط الاستغلال، فالمشرع جعل من نظرية الاستغلال نظرية عامة شاملة [2]، وقد نص عليها بالمادة **90** من ق.م.ج ضمن القواعد العامة.

تجدر الإشارة إلى أن تطبيق نظرية الاستغلال على عقود التبرع محل خلاف و مرد ذلك هو أنه إذا كان الغبن يعني انتفاء التوازن بين التزامات المتعاقدين، فإنه يجب استبعاده من عقود التبرعات، لأن أحد الطرفين يلتزم دون مقابل نهائيا.

من هذا المنطلق، لا يمكن تطبيق النظرية على عقود التبرع فتقدير الغبن سيقود حتما إلى استبعادها، إلا أنه ذهب البعض للقول بأنه بالاستناد إلى الفقرة الأخيرة من المادة **90** من ق.م.ج يفهم أن الاستغلال ليس قاصرا على عقود المعاوضة، بل قد يقع في عقود التبرع أيضا كالهبة.

---

[1]– أنظر: **محمد سعيد جعفور**، المرجع السابق، ص.ص.91. 92.

[2]– أنظر: **جميل محمد بني يونس**، مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص، ط.1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2012، ص.49.

يقترح إعادة صياغة المادة **90** من ق.م.ج بشكل أوضح يزيل الغموض و يدل صراحة على انطباق نظرية الاستغلال على عقود التبرع، أما فيما يخص عقود المعاوضات، فالأمر واضح، إذ لا خلاف في أنها محل لتطبيق نظرية الاستغلال، وهذا كله إذا كان التصرف القانوني عقدا، لكنه قد يكون هذا التصرف تصرفا بإرادة منفردة كالوصية[1] والوقف، إذ يمكن أن يستغل شخص من أجل أن يوصي لآخر أو يقف عليه.

ثانيا: توفر عنصري الاستغلال

من شروط تحقق الاستغلال أن يتوفر عنصراه وهما العنصر المادي (1)، والعنصر النفسي(2) و نعرضها تبعا .

1- **توفر العنصر المادي للاستغلال:**

يتمثل العنصر المادي في عيب الاستغلال في عدم التعادل بين ما يلتزم به الطرفان في عقود المعاوضات، ويجب أن يكون عدم التعادل فاحشا و خارجا عن العادة المألوفة [2] وبعبارة أخرى عدم التساوي هذا يزيد عما يجري التسامح فيه عادة.

يتبين من خلال نص المادة **1/90** من **ق.م.ج** أن المشرع الجزائري لم يضع رقما معينا أو مقدارا محددا يجب أن يبلغه الفارق حتى يتوفر عدم التعادل، وإنما ترك الأمر للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، بشرط أن يكون هذا الفارق جسيما جدا أو فادحا كما سبق القول، على أن العبرة في تقدير الاختلال و عدم التعادل هي بقيمة الشيء وقت التعاقد وليس بعد ذلك.

كما يجب أن يعتد بقيمة الشيء في نظر المتعاقد المتضرر، أي القيمة التي كان مستعدا لدفعها في سبيل حصوله على الشيء [3]، وهذا يعني أن القاضي عند تقديره لهذا التفاوت بين الالتزامات يجب أن يضع في اعتباره قيمة الشيء كما يقدرها المشتري أو المتعاقد.

---

[1]– أنظر: **محمد سعيد جعفور**، المرجع السابق، ص.106.

[2]– أنظر: **جميل محمد بني يونس**، المرجع السابق، ص.51.

[3] – أنظر: **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري،ج1، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ط.5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،2007، ص. 129. 130.

إن عملية التقدير هي مسألة وقائع و ليست مسألة قانونية[1]، أي أنها لا تخضع لرقابة المحكمة العليا مادام قضاؤهم يقوم على أسباب سائغة تفيد اختلال التوازن بين الالتزامات المتقابلة اختلالا شديدا، واستغلال ضعف معين في نفس المتعاقد، وقد يعاب على هذه الكيفية ما قد يعتري القاضي من تفريط و تعسف عند تقديره للتفاوت غير أنها تبقى الأكثر انسجاما مع مفهوم الاستغلال.

2-العنصر المعنوي (النفسي):

يتضمن هذا العنصر أمرين، فهو يتمثل في الضعف النفسي في إرادة المتعاقد المغبون، وبالنسبة للمتعاقد الآخر فهو يتمثل في استغلال هذا الضعف للوصول إلى إبرام عقد بغبن فاحش، وهذا مل سنبينه كالآتي:

أ –الضعف النفسي للمغبون:

يتضح من خلال استقراءنا للمادة **90 من ق.م.ج** أن الضعف النفسي للمغبون يقوم على حالتي الطيش البين و الهوى الجامح.

الطيش البيّن:

هو حالة نفسية تعتري الشخص و تجعله يقوم باتخاذ قرارات بدون تفكير سابق أو اكتراث بما قد ينجم من نتائج عن التصرفات التي يقوم بها المتعاقد، ويكفي أن يكون هذا الطيش معين حيث لا يلزم أن يكون هو السلوك العادي للفرد، متى ظهر بمناسبة التصرف الذي يلحق به الغبن[2].

إن حالة الطيش البيّن تبدو قريبة من السفه المتميز أيضا بتبذير المال وإتلافه على خلاف ما يقتضيه العقل والشرع حيث يعتبر تبذير الأموال قرينة على حالة الغبن التي يسببها

---

[1]– أنظر: **خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، الجزء الأول: مصادر الالتزام، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص.67.

[2]– أنظر: **محمد سعيد جعفور**، المرجع السابق، ص.95.

الطيش[1] مع أنهما يختلفان من حيث أن السفيه ناقص الأهلية ولا يحسن التدبير في تصرفاته لذلك أوجب المشرع الحجر عليه.

عكس الشخص الذي يعتريه طيش فلا يحجر عليه، كونه يتمتع بأهلية كاملة و يقتصر على عيب طارئ في الإرادة، ومثال ذلك: الشاب المتصف بالطيش و الذي أعمته الثروة التي ورثها، و الذي يريد نقودا سريعة فيقع بذلك فريسة لمن يستغل طيشه فيشتري منه ماله بثمن بخس[2] .

الهوى الجامح:

هو الرغبة الشديدة التي تملك على الإنسان زمام نفسه فيجد نفسه مدفوعا إلى الرضوخ لكل ما يفرضه هذا الهوى دون أن يستطيع مناقشة أو خيارا، و تجعله كذلك بدون إرادة حكيمة على أعمال معينة هي موضوع هذه الرغبة[3].

علما أن الهوى الجامح يثور بالنسبة لحالة معينة فلا يلزم أن يكون ذلك هو السلوك العادي للشخص، فتعتبر الإرادة في هذه الحالة خاضعة لنوع من الإكراه و إن لم يكن واقعا عليه من المتعاقد الآخر، وإنما واقع عليه من ذات نفسه، فيجعله يتعاقد بشروط مجحفة و بذلك تلحق به الغبن.

قد يكون الهوى الجامح نحو شخص أو شيء، فمثال كونه نحو شخص هو استغلال الزوجة الشابة الجميلة لزوجها الثري العجوز، حيث يندفع تحت سلطان هواها إلى إبرام عقود و تصرفات لصالحها أو صالح أولادها، أو استغلال الشاب لزوجته الثرية الكبيرة في السن، حيث يقوم بابتزازها مستغلا هواها تحت ستار عقود و تصرفات يبرمها معها[4].

---

[1]– أنظر: **علي فيلالي**، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، د.ط، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص.209.

[2]– أنظر: **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.131.

[3]– أنظر: **خليل أحمد حسن قدادة**، المرجع السابق، ص.68.

[4] –أ نظر: **مصطفى الجمال**، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام (دراسة مقارنة)، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، د.س، ص.143.

أما الهوى الجامح نحو شيء، فمثاله أن يعجب شخص بسيارة معينة فيعرض عليه مالكها ثمنا باهظا ذلك الشخص بدفعه، ويعتمد بالضعف النفسي في وقت إبرام العقد، أي يشترط أن يكون المتعاقد المغبون قد أبرم العقد تحت تأثير طيش بين أو هوى جامح، و يترتب عن ذلك فقدان المتعاقد المعني حسن تفادي الأمور.

إن المشرع الجزائري قد تأثر بالتقنينات الأخرى التي نصت على حالات أخرى يقع عليها الاستغلال غير حالتي الطيش البيّن و الهوى الجامح[1]، ولذلك نجد أن ما أورده في المادة **90** من **ق.م.ج** من حالات الاستغلال إنما أوردها على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر أو التحديد لأن هذه الحالات أوسع بكثير مما أتى على ذكره هذا النص.

زيادة عن حماية المتعاقد المغبون الذي كان في ضعف نفسي وقت إبرام العقد، يجب أن يكون المتعاقد الثاني قد استغل هذا الضعف، وهو ما جاء بصريح العبارة في نص المادة **1/90** من **ق.م.ج** والتي تنص: « **...تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الأخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ...** » .

ب- استغلال ضعف المغبون:

زيادة على الضعف النفسي فإنه يشترط أيضا أن يستغل المتعاقد هذا الضعف فيدفع هذا المغبون إلى إبرام العقد، إذ على هذا الأخير أن يثبت أن الطرف الثاني كان يعلم بهذا الضعف وأنه استغله من أجل إبرام هذا العقد، وفي حالة عدم علم الطرف الآخر أو علم ولم يقصد استغلال الطرف الذي به ضعف نفسي فإن التقنين المدني لا يترتب على وجود الطيش أو الهوى لدى المغبون أي أثر[2].

إن ما يقوم به المستغل هو عمل غير مشروع قد يسأل عنه مدنيا و أحيانا جنائيا، لكن هذا لا يعني أن الاستغلال أساسه مسؤولية المتعاقد لأنه لو اعتبرناه كذلك ما كنا بحاجة

---

[1]- هناك حالات أخرى هي حالة الحاجة الملحة أو الضرورة الملجئة لضعف نفسي أو مرضي أو ضعف ظاهري و حالات أخرى مشابهة لها كالجهل وعدم الخبرة ونقص التجربة وحالة السكر وغيرها من الحالات التي يستغلها المتعاقد ليقوم باستغلال الطرف الآخر

[1] –أنظر: **محمد سعيد جعفور**، المرجع السابق، ص.99.

للمادة **90** من **ق.م.ج**، بل يكفي الرجوع إلى المادة 124 من ق.م.ج[1]، كما لا يمنع هذا الشرط أيضا اعتبار الاستغلال عيب من عيوب الرضا، وبكونه كذلك يكون رضا المغبون فاسدا إذا توفر كلا من الضعف النفسي و العنصر المادي[2].

إن القاضي في بحثه عن العنصر النفسي لدى الطرف الآخر المستفيد من العقد لا ينحصر في الكشف عن سلوك إيجابي معين صدر منه في سبيل حصوله من الطرف الضعيف على قدر يزيد عما قدمه له، كأن يساهم مثلا في إيجاد حالة الضعف التي يوجد فيها الطرف الآخر، بل يكفي أن يكتشف القاضي ويتحقق من أن الطرف المستغل استفاد من المركز الذي يوجد فيه الطرف الضعيف، ودفع به إلى التعاقد بشروط ما كان ليقبلها في الأحوال العادية، حيث يكفي اقتصار دور المستغل في الاستفادة من حالة الضعف التي يتواجد فيها الطرف المغبون[3].

المطلب الثاني

أثار الاستغلال

بتوافر شروط الاستغلال على النحو السابق بيانه، ينتج الاستغلال أثره و الذي يتركز في انه يرخص للقاضي بناءا على طلب ضحية الاستغلال ووفقا للعدالة ومراعاة لظروف الحال، أن يقضي بإمكانية المطالبة بالإبطال (الفرع الأول)، أو المطالبة بإنقاص الالتزامات (الفرع الثاني) وتفصيلهما كما يلي:

---

[1]– أنظر: نص المادة 124 من ق.م.ج (المعدلة) أنه:« كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض » .

[2]– أنظر: **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص.212.

[3]– أنظر: **بوكماش محمد**، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة لحاج لخضر، باتنة، 2011. 2012، ص.115.

الفرع الأول

إمكانية المطالبة بالإبطال

للطرف المغبون التمسك بإبطال العقد متى توفرت شروطه، ويكون ذلك بناءا على طلب الطرف الذي كانت إرادته معيبة، وفي هذا الخصوص يقتضي لدراسة هذا العنصر البحث في مسألتين وهما: الميعاد القانوني لدعوى الإبطال (أولا)، و توقي دعوى الإبطال (ثانيا) و نعرضهما تباعا:

أولا: الميعاد القانوني لدعوى الإبطال

يترتب عن تحقق الاستغلال قابلية العقد للإبطال، فإذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال جاز للقاضي أن يجيب طلبه هذا، فيبطل العقد إذا رأى أن الاستغلال عاب رضاء المتعاقد المغبون إلى حد أن أفسد هذا الرضاء، وأن المتعاقد المغبون لم يكن ليبرم العقد أصلا لولا هذا الاستغلال[1].

يجب رفع الدعوى الناشئة عن الاستغلال سواء تضمنت إبطال العقد أو إنقاص التزامات الطرف المغبون خلال مدة معينة، وإلا اعتبرت هذه الدعوى غير مقبولة، وهذا ما نصت عليه المادة **2/90** من **ق.م.ج**: " **يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد و إلا كانت غير مقبولة** " [2].

فالمدة إذن هي سنة من وقت إبرام العقد وتعتبر هذه المدة مدة سقوط (Délai de déchéance) لا مدة تقادم، والفارق بينهما أن ميعاد السقوط لا يقبل الوقف ولا الإنقاص، فبمجرد انقضاء مدة السنة تصبح الدعوى غير مقبولة حتى لو تخللها أسباب وقف أو

---

[1]- أنظر: **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، النظرية العامة للالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000. ص.404.

[2]- أنظر: **محمد صبري السعدي**، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، الجزء الأول، ط.1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1992، ص.208.

انقطاع، أما مدة التقادم فتقبل أسباب الوقف والانقطاع، والدافع وراء قيام المشرع بجعل هذه المدة ميعاد سقوط هو حرصه على حسم النزاعات في هذه العقود واستقرار المعاملات[1].

يستخلص أن هذا الأجل يجعل أحكام المادة **90** من **ق.م.ج** صعبة التطبيق خاصة إذا تعلق الأمر بإبرام عقد تحت تأثير طيش بين و الذي يعد حالة نفسية راسخة في شخصية الإنسان، أو أن يكون تحت تأثير هوى جامح، و يكون قائما بمدة تزيد عن السنة التي حددتها هذه الفقرة، و الأمر الذي يجعل في هذه الحالة دعوى الاستغلال عديمة الجدوى[2].

إضافة إلى ذلك فإن سقوط هذه الدعوى خلال سنة يتنافى مع الغرض الذي سطره المشرع لعيوب الرضا من جهة ألا وهو حماية المتعاقد الذي أبرم العقد و رضاءه غير سليم، ومن جهة أخرى لا يحقق العدالة بين ضحية غلط أو إكراه أو تدليس أو ضحية نقص الأهلية ، وضحية الغبن الناتج عن الاستغلال[3].

إن فترة السنة في دعوى الاستغلال تبدأ من تاريخ إبرام العقد وهذا ما انتقد عليه المشرع، حيث أن المغبون قد يبقى تحت تأثير الاستغلال فترة تزيد عن السنة وبالتالي فإن القانون لا يستطيع حمايته في هذه الحالة، لذا كان من المفروض أن تبدأ الفترة من تاريخ رفع الغبن، ومن خلال هذا نرى أن يقوم المشرع بتعديل هذه المادة على النحو الذي يمكن رفع الدعوى خلال سنة، لكن من تاريخ زوال تأثير سببه وليس من تاريخ إبرام العقد.

---

[1]- أنظر: **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، المرجع السابق، ص.ص.403 .404.

[2]- أنظر: **محمد سعيد جعفور**، المرجع السابق، ص.113.

[3]- يختلف سقوط الاستغلال عن سائر عيوب الإرادة كما أنه يختلف مع العيب الذي يلحق العقد نتيجة نقص أهلية عاقده وذلك حسب نص المادة 101 من ق.م.ج:" يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه. غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو اكراه إذا انقضت 10سنوات من وقت تمام العقد".

- أنظر الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري.

ثانيا: توقي دعوى الإبطال

يتقيد القاضي بطلب المتعاقد المغبون حيث لا يمكن له أن يتجاوز طلبات المتنازعين، وذلك على أساس قاعدة: " أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بأكثر مما طلبه الخصوم"، ففي حالة تمسك المتعاقد المغبون بإبطال العقد فعلى القاضي أن ينظر في طلب المدعي، ولا يجوز له الحكم من تلقاء نفسه بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون.

من خلال نص المادة **3/90** من **ق.م.ج** والتي تنص على أنه: « **يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن** »، يتضح أن القانون أباح للطرف الآخر توقي الإبطال إذا عرض على الطرف المغبون ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن[1].

فإذا كان العقد معاوضة كالبيع، وطلب البائع المغبون إبطاله للاستغلال، جاز للمشتري أن يعرض زيادة في الثمن ترفع الغبن عن البائع عوض إنقاص التزامات المتعاقد المغبون أو إبطال العقد[2]، وهذا فيما يخص عقود المعاوضات، أما دفع الزيادة لتوقي إبطال العقد فلا ينطبق على عقود التبرع، حيث أن من تلقى التبرع لم يدفع أي مقابل تصح زيادته لرفع الغبن.

الزيادة تكون برضا المتعاقد وإرادته، و يجب على القاضي معرفة ما إذا كانت الزيادة التي يعرضها كافية لرفع الغبن و ذلك بعد طلبه من المتعاقد المستغل، غير أنه تكون السلطة التقديرية للقاضي واسعة و لا رقابة عليه في ذلك فيما يخص مقدار الزيادة في الالتزامات التي من شأنها رفع الغبن[3] ، معتمدا في ذلك على العدالة العقدية فقط وينظر القاضي في تقدير ذلك إلى ملابسات القضية وظروفها.

---

[1]– أنظر: **بوكماش محمد**، المرجع السابق، ص.120.

[2] – أنظر: **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، المرجع السابق، ص.405. 406.

[3]–أنظر: **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص.215.

الفرع الثاني

المطالبة بإنقاص الالتزامات

إضافة إلى إبطال العقد فإن المشرع أقر وسيلة ثانية لرفع الغبن و المتمثلة في إنقاص الالتزامات، وحسب ما أقرته المادة **90** من **ق.م.ج** فإن للقاضي السلطة الجوازية في أن يقضي بإبطال العقد أو في أن يقضي بإنقاص الالتزامات، وله سلطة تقديرية بخصوص المقدار الواجب إنقاصه من الالتزامات لرفع الغبن، والإنقاص كما يحدث في المعاوضات يجوز في التبرعات[1].

يلاحظ أنه في حالة ما إذا طلب الطرف المغبون من القاضي أن ينقص من التزاماته دون إبطال العقد، ففي هذه الحالة فإنه على القاضي أن يقضي بالإنقاص دون البطلان، وذلك على أساس أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بأكثر مما طلب في الدعوى، أما في حالة ما إذا طلب المتعاقد المغبون إبطال العقد، فهنا للقاضي أن يقضي بإنقاص الالتزامات إذا رأى أن هذا التفاوت يمكن أن يزول عن طريق الإنقاص و ليس عن طريق الإبطال[2]،ذلك لإرجاع التوازن الاقتصادي بين الالتزامات المتقابلة و المحافظة على العقد إذا كان كافيا لرفع الغبن.

من هنا نلاحظ أيضا أن دعوى الإنقاص تضمن تحقيق الاستقرار في المعاملات وتقليل حالات البطلان، ولكنها لا تقوم بتحقيق التوازن الكلي بين التزامات المتعاقدين لأنها تقلل من فداحة الغبن فقط، وعملية إنقاص الالتزامات تكون بمقتضى القانون بينما ترجع زيادة التزامات المستغل إلى إرادة المعني فقط[3]، سواء قام القاضي بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون أو قام بزيادة التزامات الطرف المستغل، فإن الهدف من ذلك هو رفع التفاوت الفاحش بين الالتزامات و تحقيق المساواة بين الأطراف.

---

[1]– أنظر: **بوكماش محمد،** المرجع السابق، ص.122.

[2]– أنظر: **خليل أحمد حسن قدادة،** المرجع السابق، ص.69.

[3]– أنظر: **علي فيلالي،** المرجع السابق، ص.216.

من خلال ما سبق يتبين لنا أنه إذا كان للأطراف الحرية الكاملة في إدراج بنود العقد التي يرونها مناسبة وموافقة لمصالحهم، إلا أن وجود اختلال في توازن العقد بعد إبرامه يؤدي إلى تدخل القاضي لتعديله حسب كل حالة إذا توفرت شروطها، وهذا قصد إعادة التوازن بين الالتزامات و تكريس العدالة العقدية[1].

يتضح من خلال نص المادة**91** من **ق.م.ج** التي تنص:« **يراعي في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود** » أن المشرع الجزائري لم ينص على نظرية عامة للغبن، بل جاءت هذه المادة في شكل مبدأ عام رغم التعديل الأخير، وقد اكتفى فقط بالإشارة إلى عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود، كحالة بيع العقار وعقد المقايضة ، وعقد القسمة[2].

المبحث الثاني

الحماية في مواجهة الغبن الناجم عن الشروط التعسفية

كثيرا ما يتعاقد الأشخاص بعقود تتضمن شروطا غير عادلة أو مجحفة ليس ذلك إلا لضرورة هذا العقد واضطرارهم إليه، ومن خلال ذلك نجد عقد الإذعان الذي يعد النموذج المثالي لهذا النوع الذي لا تكون فيه لإرادة الطرف المتعاقد حرية المساومة و المناقشة ، مما يستدعي منا تحديد عقد الإذعان (المطلب الأول) ثم أثاره (المطلب الثاني).

---

[1]– أنظر: **بوفلجة عبد الرحمان**، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2007–2008، ص.98.

[2]– نجد حالة بيع العقار في المادة 358 من ق.م.ج، عقد المقايضة في المادة 415 من ق.م.ج، وعقد القسمة في المادة 732 من ق.م.ج من الأمر 75–58، المرجع السابق.

المطلب الأول

تحديد عقد الإذعان

يعد عقد الإذعان من العقود التي تنطوي على شروط تعسفية، مما يؤدي بالمساس بالطرف المذعن وحماية لهذا الأخير تدخل المشرع الجزائري بتوفير حماية قانونية ونظرا لأهمية هذا العقد، يتعين القيام بالتطرق إلى مفهوم عقد الإذعان(الفرع الأول) ثم بيان الشروط التي يجب أن يتوفر ليوصف العقد بالإذعان(الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم عقد الإذعان

بعد ظهور هذا النوع من العقود تعرضت له أغلب التشريعات ورغم عدم الإجماع على تعريف شامل (أولا) وهذا ما أدى إلى صعوبة في تحديد خصائص هذا النوع من العقود (ثانيا) ونتيجة لتطور الحياة الاقتصادية وتداول هذا النوع من العقود بين الناس، أدى إلى ظهور العديد من النماذج عنها(ثالثا).

أولا: تعريف عقد الإذعان

الأصل في التعاقد أن يتم بحرية الأطراف وذلك بالتحاور والنقاش على حمل الطرف الآخر إلى التعاقد لكن هناك استثناء على هذه القاعدة أين نجد بعض العقود ينفرد فيها بعض الأطراف بوضع شروط العقد، بحيث لا يكون بوسع الطرف الأخر إلا قبول هذه الشروط وأن يقوم برفضها جملة كعقد الاشتراك في توريد المياه، الكهرباء، والغاز... الخ[1].

---

[1]– أنظر: **حمدي إسماعيل سلطح**، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، طبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الإسكندرية،2007،ص.175.

فقد قام الأستاذ السنهوري بتعريفه كما يلي: «وقد أثرنا أن تنتمي هذه العقود في العربية بعقود الإذعان لما يشعر به هذا التعبير من معنى الإضرار في القبول»[1]، ويعرفه أيضا الأستاذ الدكتور عبد المنعم فرح الصدة بأنه: «ذلك العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذالك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المناقشة محدودة النطاق في شانه »[2].

كذلك قام الأستاذ خليل أحمد حسن قدادة بتعريفه الإذعان بقوله: « هو صيغة من صيغ إبرام العقود وهو العقد الذي لا يملك فيه احد المتعاقدين الحرية الكاملة، ولما يتمتع به الطرف الأخر بحكم وضعه الفعلي أو القانوني بوضع شروط العقد في جملتها علي الطرف الأخر إلا حرية القبول العقد برمته هذا يعني احد المتعاقدين يخضع لجميع الشروط التي يضعها الطرف الأخر دون أن يملك الحق في مناقشتها أو تغيرها»[3].

عرفه القانون رقم 04- 02 في المادة4/3 الخاص بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على تعريف العقد بأنه **كل** « **اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من احد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه .**

يمكن أن ينجر العقد على شكل طلبيه أو فاتورة، أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها، أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا [4] » .

---

[1]- أنظر :**عبد الرزاق أحمد السنهوري**، نظرية العقد، الجزء الأول، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ب.ن،1998،ص.278-279.

[2]- أنظر: **عبد المنعم فرح الصدى**، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، د.ط، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ص.120.

[3]- أنظر: **خليل احمد حسن قدادة**، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2010، ص.27.

[4]- أنظر: المادة 3 من القانون 04-02 مؤرخ في2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج.ر، رقم 41، المؤرخة في 2004/06/27، المعدل والمتمم بالقانون 10-06 المؤرخة في 2010/08/15، ج.ر. رقم46 مؤرخة في 2010/08/18.

لقد امتد العمل بعقود الإذعان إلى مجال واسع في المجتمع الحديث، وذلك لتطورات اقتصادية مذهلة وظهور شركات ومؤسسات ووجود محتكرين ويقابله مستهلكين، وهذا ما يجعل الطرف القوي يضع شروط تخدم مصالحه وغالبا جدا ما نجدها تخدم مصالح المستهلكين[1].

ثانيا: خصائص عقد الإذعان

يتميز عقد الإذعان كغيره من العقود بخصائص معينة وتتجلى هذه الخصائص في كل من وجود طرف في مركز قوي، وكذلك فيما يتعلق بعموميات الإيجاب وكذلك صدور هذا الأخير في شكل شروط نموذجية.

1- وجود طرف في مركز قوي:

إن التعاقد كما هو معروف هو حرية كل طرف في التشاور والمساومة وبما أن عقد الإذعان هو العقد الذي يقوم فيه أحد الأطراف بوضع شروط معينة تخدم مصالحه الشخصية، فالطرف الأخر في مثل هذه العقود لا يكون له سوى قبولها أو رفضها وتظهر جليا حين يتعلق الأمر بسلعة أو خدمة ضرورية للجمهور لا يستطيع الناس الاستغناء عنها وفي الغالب تكون مطبوعة لمصلحته.

إذ تهدف إلى تخفيف مسؤوليته العقدية وتشدد المسؤولية على الطرف الضعيف فتتيح له الفرصة في بعض الأحيان على إيجاد منتوج آخر بشروط ومواصفات أحسن لدى منافس أخر يود جلب واستقطاب اكبر عدد ممكن من الزبائن بخدمات جيدة[2].

فاحتكار الموجب لهذه السلع والخدمات يجعل المنافسة فيها محدودة النطاق ، إذن يفهم أن انعدام الاحتكار يتيح الفرصة أمام المستهلك في إيجاد متوج أو خدمة بشروط أفضل لدى احد المنافسين [1] .

---

[1] – أنظر **بودالي محمد**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، ط1، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، ص.ص. 10. 11.

[2]– أنظر: **حميد بن الشنيتي**، نظرية الالتزام، ط1، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خده ، كلية الحقوق، 2013/2014، ص.47.

فالاحتكار يقصد به إنفراد شخص أو أكثر بالقيام بنشاط اقتصادي معين، سواء في البيع أو السيطرة على إنتاج سلعة ما، أو عرضها وتوزيعها دون منافسة، وكذلك أداء خدمة معينة على نحو يؤدي إلى الإضرار بالاقتصاد والمستهلكين والمنتفعين بالخدمة المطلوبة[2].

ب - عموميات الإيجاب:

فالإيجاب في عقد الإذعان، يكون إيجابا عاما موجه إلى كافة الناس أي لا يكون موجة إلى شخص معين بالذات وشروط الإيجاب في هذه العقود تتسم بطول مدتها لأن محل هذه العقود هو الحاجة الضرورية للأفراد لها، إذ في بعض الأحيان تحتم الضرورة على عدم الاستغناء عنها كالماء مثلا[3] .

ج- صدور الإيجاب في شكل شروط نموذجية:

فالقبول في عقد الإذعان يعتبر رضوخا وخضوع لشروط معدة في شكل نموذج وقد نضمه المشرع الجزائري في نص المادة **70** من **ق.م.ج:** « **يحصل القبول في عقد الإذعان بمجود التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها** »[4].

فالمتعاقد لا يكون له أي خيار سوى قبول هذه الشروط كلها أو رفضها وهذا ما يسمى بالتعاقد عن طريق الإذعان وهي حالة متوفرة بشكل كبير في الحياة العملية للأشخاص، إذن لا يمكن القول بالقبول إذا لم يقم المستهلك بقبول هذه الشروط أو على النماذج التي فرضتها إرادة الطرف القوي وتحقيقا للعدالة فنجد سلطة القاضي إزاء هذه الشروط التعسفية دور بارز وحمائي للطرف الضعيف المستغل وهذا ما جاءت به المادة 110 من نفس القانون[5].

---

[1]- أنظر: **حمدي إسماعيل سلطح**، المرجع السابق، ص.180.

[2]- أنظر: **بوالكور رفيقة**، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون السوق، جامعة جيجل، 2008/2007، ص.26.

[3] - أنظر: **الذنون حسن علي**، الرحو محمد سعيد، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ط1، دار وائل للنشر، عمان، ص . 74.

[4] - أنظر: الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[5]- أنظر: **بن شنيتي حميد**، نظرية الالتزامات، ج1، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ص.47.

ثالثا: نماذج عقد الإذعان

من خلال ما بيّناه من تعاريف حول عقود الإذعان تعطي لأحد الأطراف السيطرة والتحكم في العقد، ومن هذا استوجب الأمر إعطاء بعض النماذج عن عقود الإذعان.

1- عقد التامين:

يصنف هذا العقد مع طائفة العقود التي تتمايز فيها مراكز المتعاقدين، إذ يوجد فيها طرفان أحدهما يتمتع بقدرته على فرض إرادته لأنه يعتبر محتكر لخدمة ضرورية لمن يرضى بشروطه وهذا الطرف هو المؤمن، أما الطرف الأخر هو المؤمن له الذي لا يسح له بمناقشة بنود العقد أو تعديلها أو أي طلبات أخرى حولها وليس له سوى الخضوع لتلك الشروط أو رفضها كلية[1].

فتعتبر شركات التامين هي المسيطرة والمحتكمة بحيث تفرض شروط قاسية تتميز بالظلم، فهذه الشروط القاسية لا يجب مخالفتها من طرف المؤمن له أو المستفيد وإلا سقط حقه في التأمين.

2-عقد القرض الاستهلاكي:

نظرا للتطور الاقتصادي والاجتماعي للأشخاص أدى إلى تزايد حاجات الأفراد لتلبية حاجاتهم الاستهلاكية ، وأصبح السبيل الوحيد للأفراد هو اللجوء إلى القروض الاستهلاكية وذلك لمحدودية ظروف المعيشة، فقد أدى ارتفاع الطلب لهذه القروض إلى ظهور شركات عديدة متخصصة في هذا الميدان الذي ضحيت به القروض الاستهلاكية من طرف شركات لم تحض به على الصعيد التشريعي[2].

(1)- أنظر: **المصاروة هيثم حامد**، المنتقى في شرح عقد التأمين، ط1، إثراء للنشر و التوزيع، الأردن، 2010، ص.99.

(2) – أنظر: **محمد القري**، عقود الاذعان، 2002.

1-عقود العمل:

من المعتاد لدى الشركات أن تعد عقدا نمطيا تطلب من جميع العاملين التوقيع على هذه الشروط وخضوع إرادة الأفراد أو العمال إلى هذه النماذج فلا يكون إمامهم في اغلب الأحيان سوى القبول حتى وان كانت قاسية جدا وكذلك بالنسبة للعمال في المرافق الحكومية أو المؤسسات العامة وبعد إبدائهم الموافقة لا يجوز لهم الاعتراض على هذه الشروط [1].

2-عقود الاشتراك في الخدمات العامة:

هذه العقود نجدها مثلا في خدمات الماء والكهرباء والهاتف فمقدم الخدمة سواء كانت شركة عامة أو خاصة فإنها تقوم بوضع شروط أولية وهي تخدم مصلحته الشخصية أو مصلحة الشركة أو المؤسسة بحيث المستفيد من هذه الخدمات ليس له الحق في المناقشة أو تقديم اقتراحات[2].

الفرع الثاني

شروط وصف العقد بالإذعان

تعددت الآراء حول وصف العقد بالإذعان، إذ كل فريق يركز على شروط معينة، ولذلك سنحاول تبيان هذه الاختلافات والشروط التي ارتكز عليها المشرع.

يرى الفريق الأول ضرورة توفر شرطين للقول بوجود صفة الإذعان في العقد فالأول يتمثل في انفراد الطرف الموجب بوضع شروط غير خاضعة للمناقشة أو التغير أما الثاني فيتمثل في احتكار الموجب لتلك السلع أو المنافع سواء كانت قانونية أو احتكار فعلي[3] .

أما الفريق الثاني فهو أقل شدة من الفريق الأول حيث اكتفى بمجرد غياب المتعاقد على مناقشة بنود العقد للقول بوجود عقد إذعان أي انه ليس شرط توافر الاحتكار للسلع أو

---

[1]- أنظر: **سعيدي آسيا و آخرون**، عقد عمل، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاة، الجزائر،2004-2007،ص.9.

[2] – أنظر: منتديات ستارتايمز، أرشيف الشؤون القانونية www.startimes.com

[3] – أنظر: **بركات كريمة**، الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، العدد2، 2011،ص.284. 285.

الخدمة وإنما يكفي الإنفراد بوضع شروط العقد، فمن حيث القبول نجد أن هذا الرأي الأقرب للقبول ذلك لما يهدف من الطرف الضعيف في عقد الإذعان .

فالاحتكار يختلف من شخص لأخر نظرا لاختلاف الحاجات بالنسبة للأشخاص سواء كانت سلعة أو خدمة وهذا ما يؤدي إلى قبوله لشروط العقد بحسب الضرورة .

إن رأي المشرع الجزائري يتفق مع وجود الفريق الثاني وذلك من خلال المادة **70** من ق.م.ج الذي لم يسلم وجود احتكار للقول بتوافر صفة الإذعان، وإنما يكفي خضوع إرادة أحد الأطراف لشروط العقد الذي يضعه الطرف الأخر ولم يشر المشرع الجزائري لا من بعيد ولا من قريب في نص هذه المادة إلى مسألة الاحتكار[1].

لكن بالرجوع إلى القضاء فالواقع يعكس ذلك ففي عقود الإذعان أمام القضاء يتطلب شرط الاحتكار نظرا لان معظم العقود كانت تتعلق بسلع وخدمات احتكارية[2].

المطلب الثاني

آثار عقد الإذعان

إن التطور العلمي والتكنولوجي الذي ساعد على إنتاج العديد من السلع والخدمات بالإضافة إلى تزايد أعداد المستهلكين وورود العديد من الشروط التعسفية وهي مضرة للطرف المذعن الذي لا يستطيع تعديل هذه الشروط فقد قرر المشرع حماية الطرف المذعن عن طريق جواز تدخل القاضي لتعديل العقد (الفرع الأول) وكذلك تأويل الشك لمصلحته (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

جواز تدخل القاضي في تعديل شروط العقد

قبل ظهور حركات حماية الطرف المستهلك فإن الحياة التعاقدية كانت خالية من حماية الطرف الضعيف، ويعتبر مبدأ سلطان الإرادة ليس إلا انعكاسا لسياسة الحرية الاقتصادية في نطاق القانون الخاص، وتأكدت هذه النظرية في القرن 18عشر والتي كانت تتضمنها تشريعات الثورة الفرنسية.

---

[1] – أنظر: الأمر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2] – أنظر: **بركات كريمة**، المرجع السابق، ص.286.

فكانت تقوم على أساس دعه يعمل دعه يمر، وذلك بالسماح للأفراد بتبادل السلع والخدمات بإرادتهم واحترام الإرادة العقدية بوصفها شريعة المتعاقدين، إذ لا يجوز للأفراد ولا القانون في التدخل في التصرفات العقدية بين الأطراف. [1]

تجدر الإشارة للقول بأن الحرية التعاقدية تحقق التوازن والمساواة أن تسمح للأطراف بالتفاوض والنقاش، لكن الإشكال هو عندما لا يكون الأطراف في مركز متساوي ويكون احدهم في مركز قوي يضع شروط التعاقد لوحده .

يصبح أمام الطرف المتعاقد الضعيف عدم وجود أي خيار سوى القبول أو الرفض فالحرية في هذه العقود بالنسبة للأطراف الضعفاء ليست إلا حرية اسمية وشكلية لأنه لا وجود لحرية لعدم وجود مساواة ، فالحرية لا تتحقق إلا إذا تحققت المساواة[2].

فالطرف الضعيف ليس له أن يعدل في إرادته المنفردة كذلك بالنسبة للقاضي وذلك لاعتبار العقد شريعة المتعاقدين كما سبق أن قلنا وهذا ما تمليه اعتبارات دينية وأخلاقية وخروجا عن مبدأ سلطان الإرادة فإن القانون الحديث خول للقاضي سلطة تعديل التزامات أحد المتعاقدين وذلك بتوافر ظروف معينة وتحقيقا للتوازن العقدي[3].

لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة **110**من **ق. م .ج:** « **إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط ا وأن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك»**[4].

اشترط المشرع شرطين في السلطة الاستثنائية المخولة للقاضي فأول شرط هو وجود عقد الإذعان، فحسب نص المادة **110** من ق.م.ج فإن اشتراط وجود عقد الإذعان يعتبر

---

(1)– أنظر: **حمدي محمد اسماعيل سلطح**، المرجع السابق، ص.181.182.

(2) FLOUR (J) et AUBERT (J), *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 7e éd., Paris, Armand Colin, 1996, p. 59, 377

(3) – **إحسان ستار خضير**، نظرية الظروف الطارئة وأثار التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود، منشور على الموقع: www.droit-alafadal.net/t82-topic

(4)–أنظر: الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

أداة قوية في يد القاضي يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية والسلطة التقديرية للقاضي في معرفة ما إذا تم العقد بطريق الإذعان التي لا تكون إلا في دائرة معينة والشروط التي يقوم الموجب بإملائها لا تخضع لأي مجال للمناقشة نظرا لأنها تخدم مصلحته[1].

وفقا لنص المادة**110** من ق.م.ج السالفة الذكر فإن تعديل الشروط التعسفية التي وردت في عقد الإذعان فالقاضي لا يقضي بها من تلقاء نفسه وإنما يكون بطلب الطرف المذعن أو المستهلك وذلك نظرا لمبدأ حياد القاضي المدني، وثاني شرط هو تضمن العقد شروط تعسفية.

أخيرا منح القاضي سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الظروف الطارئة لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، فإذا طرأت حوادث استثنائية جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

يجب أن تكون هذه الظروف استثنائية وعامة غير متوقعة وأن يجعل الحادث تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا وأن تطرأ هذه الظروف في الفترة بين انعقاد العقد وتنفيذه[2]، وحددت هذه الشروط التعسفية على سبيل المثال لا الحصر في بعض القوانين الخاصة كقانون **04-02** المعدل بالقانون **10-06** تحت عنوان الممارسات التعاقدية التعسفية في المادة **29** إذ تنص على ما يلي: " تعتبر بنودا أو شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود التي تمنح هذا الأخير:

1/ أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك

2/ فرض التزامات فورية نهائية على المستهلك في العقود في حين انه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

---

(1) – أنظر:**عامر قاسم أحمد القيسي**، الحماية القانونية للمستهلك، (دراسة في القانون المدني و المقارن)، دار الثقافة للتوزيع و النشر، ط1، عمان، 2002، ص.32.

(2) – أنظر: **محمد صبري سعدي**، المرجع السابق، ص.329.

3/ إملاء حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

4/ التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البحث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

5/ إلزام المستهلك بتنفيذ التزامه دون أن يلزم نفسه بها.

6/ رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا ما اخل هو بالتزام أو عدة التزامات في ذمته.

7/ التفرد بتغير أجال تسيلم منتوج أو أجال تنفيذ الخدمة.

8/ تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة »[1].

وهذا تماشيا مع المادة **106** من ق. م. ج و التي تنص على أنه: « **العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون** »[2].

والبنود التعسفية يمكن أن يظهر التعسف منذ إبرام العقد مثلا وضع عقوبات لا تتناسب مع الخطأ ويمكن أن لا يظهر التعسف عند إبرام العقد بل تظهر لاحقا عند التطبيق مثلا تمسك المؤمن بحرفيته لإسقاط حق المؤمن عليه رغم انه حسن النية .

إذ لا يجوز الاتفاق على سلب القاضي على سلطة تعديل العقد أو إلغاء بعض الشروط التي يرى أنها تعسفية فنص المشرع على بطلان أي اتفاق أو شرط في هذا الشأن[3].

---

[1]– أنظر: المادة 29 ، من القانون ،02/04، المرجع السابق.

[2]– أنظر:الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[3] – أنظر: **محمد بودالي**، المرجع السابق، ص.260.

اتبع المشرع الجزائري القانون **04-02** بالمرسوم التنفيذي رقم **06-306** حيث نص على شروط أو بنود تعسفية يقوم بها العون الاقتصادي يهدف من خلالها إلى خدمة مصالحه الخاصة على حساب المستهلك، ونص هذا المرسوم التنفيذي في الفصل الثاني تحت عنوان "البنود التي تعتبر تعسفية ".

جاء في نص المادة **5** من هذا الرسوم " أنه تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

1/ تقليص العناصر الأساسية للعقود.

2/ الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصورة منفردة بدون تعويض المستهلك.

3/ عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض.

4/التخلي عن المسؤولية بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.

5/ النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.

6/ فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.

7/ الاحتفاظ بالمبلغ المدفوع من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد، أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن العقد أو قام بفسخه.

8/ تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته دون أن يحدد مقابل ذلك تعويض يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.

9/ عرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.

10/ الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الجبري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

11/ يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسته نشاطه.

12/ يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته"[1].

كذلك يجوز للقضاء التدخل للحد من المغالاة في الشروط التعسفية التي أجاز القانون الجزائري بموجب المادة **183** ق م ج:« **يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق...**»[2].

لاشك أن من خلال المادة السالفة الذكر أنها تضع بين يدي الطرف القوي وسيلة تسمح له باستغلال قوته الاقتصادية من اجل اشتراط مبالغ مفرطة كجزاء لعدم تنفيذ المتعاقد الأخر لالتزامه، ويكون القصد منه غالبا هو استبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض، ومنح المشرع للقاضي سلطة تخفيف الشرط الجزائي في حالتين، ويتمثلان في حالة ما إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه وفي حالة ما إذا أثبت المدين أن التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغا فيه[3].

الفرع الثاني

تأويل الشك لمصلحة الطرف المذعن

تنص المادة **111** من ق.م.ج على أنه: «**إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين، إما إذا كان هناك محل تأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي**

---

[1] –انظر: المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التعسفية، معدل و متمم، ج.ر عدد 56، 2006.

[2] – أنظر: الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[3] – أنظر: **بودالي محمد**، المرجع السابق، ص.ص.256. 266.

للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات» [1] .

فالقاعدة العامة أن الشك يفسر لمصلحة المدين وهذا ما نصت عليه المادة **1/112**من **ق. م. ج:** « **يؤول الشك في مصلحة المدين**»، والمشرع الجزائري حماية للطرف الضعيف خرج عن الأصل حيث نص في الفقرة الثانية من نفس المادة على: « غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن »[2].

لكي يمكن تفسير العقد يجب الرجوع إلى العبارات التي استخدمها المتعاقدان للتعبير عن إرادتهما في التعاقد، فالعبارات المستخدمة لا تخرج عن ثلاثة حالات و المتمثلة في:

أولا: كون عبارات العقد واضحة

من خلال نص المادة**1/111** يفهم منها أنه لا يجوز تأويل العبارات الواضحة إلى غير معناها الحقيقي وهو ما يعتبر تشويه لها فلا يجوز للقاضي الاجتهاد حيال هذه العبارات الواردة في العقد لكن في حالة اقتضاء الأمر يبيّن الأسباب التي دفعته إلى ترك المعنى وإذا لم يفعل يعتبر حكمه باطلا[3].

ثانيا: حالة غموض عبارة العقد

بالاستناد لنص المادة **2/111** فوجب على القاضي تفسير هذا الغموض ويجب أن لا يكون تفسير الشك ضارا بالطرف المذعن بحث يهدف للكشف عن إبهام عبارة العقد بحثا عن النية المشتركة للمتعاقدين وهو في كشف عنها يلجأ إلى معايير موضوعية ولذا فإنه في هذه الحالة لا يعتد بالا رادة الظاهرة في كل مرة وكذلك لا يؤخذ بالإرادة الباطنة بصفة مطلقة[4] .

---

[1] – أنظر: الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[2] – أنظر: **محمد صبري سعدي**، المرجع السابق، ص.ص.132. 133.

[3] – أنظر: **عبد الحكيم فوده**، تفسير العقود في القانون المدني المصري والمقارن، منشأ المعارف،مصر، 1997،ص.ص.352. 353 .

[4] – أنظر: **محمد صبري السعدي**، المرجع السابق، ص.303.

لا تقف حماية القانون للطرف المذعن عند تخويله الحق في أن يطلب من القاضي تعديل الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد أو إعفائه كلية من الشروط، وإنما قرر القانون للطرف المذعن مظهرا آخر من مظاهر حمايته ويتمثل في المظهر الجديد تفسير الشك[1].

يعتمد أساسا على وقائع وظروف العقد، وبصفة خاصة العبارات التي استعملت فيه، وبالتالي فإن القاضي لا يخضع بقيامه بالتفسير لرقابة محكمة النقض مادام أنه قد استخلص نتائجه من مصادر موجودة فعلا لا وهما وغير متعارضة مع الثابت من ظروف النزاع.

إن المشرع الجزائري قد فعل الصواب بتقديره في نص المادة **112**/2 من ق.م.ج تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقد الإذعان فأوجب على القاضي تفسير الغموض بشرط أن يكون في صالح الطرف المذعن[(2)] .

فعلى القاضي البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين والكشف عن الإرادة المشتركة يلجأ إلى عوامل داخلية تكون في العقد ذاته وعوامل أخرى تكون خارجة عن العقد، فتكون العبرة بالمقاصد والمعاني أنه يجب على القاضي ترجيح المعنى الأكثر انطباقا على روح العقد والغموض المقصود منه[3].

كذلك يجب ترجيح المعنى الذي يجعل العبارات ذات أثر على العبارات التي ليس لها أي أثر ولا يجب تفسير كل بند على حدا عن الآخر، وإذا لم تكن جدوى من العوامل الداخلية فإن القاضي ينتقل إلى العوامل الخارجية لتفسير العقد، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة **111 من ق.م.ج :« ...مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات»** [(4)].

([1]) –Brigitte Lefebvre , le contrat d'adhésions, la revue de Montréal,vol.105 septembre 2003, 486.

([2]) – Luc Audet, le contrat d'adhésion caractéristique et conséquences juridiques, les avocats de solutions Montréal (QC) canada, www.droit des PME.COM, p3.

[(3)] – أنظر: **عبد المنعم فرج الصدة**، المرجع السابق، ص.85.

[(4)]– أنظر: الأمر رقم 75-58 ، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

يعتمد القاضي في تفسيره بطبيعة التعامل وبما ينبغي من أمانة (loyauté) والثقة (confiance) بين المتعاقدين، فالأمانة في التعامل توجب على من وجه إليه الإيجاب أن يفهم عباراته، فإذا حدث خطأ في التعبير، واستطاع أن يتبين ذلك أو كان في استطاعته أن يتبينه، فالأمانة تقتضي عليه ألا يستغل الإبهام الذي وقع في التعبير، طالما أنه فهمه على حقيقته، فالتفسير يجب أن يكون لصالح الطرف المذعن[1] .

---

[1]– أنظر: **محمد صبري السعدي**، نفس المرجع،ص.307.

خاتمة:

توصلنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع إلى أن المشرع الجزائري قد أعطى للأطراف المتعاقدة حماية قانونية، ولم يعتبر أن الغبن سببا في إبطال العقد بل سببا لتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، ومن خلال هذه الدعوى يتبين أنه لم يميز بين كامل الأهلية وناقصها بخلاف التشريعات الأخرى، وقد استوجب لرفع هذه الدعوى ميعاد ثلاث سنوات من تاريخ إبرام العقد، على أنه بانقضاء هذه المدة يسقط حقه في رفعها، وإذا امتنع المشتري عن تكملة الثمن بعد صدور الحكم بوجوبه؛ فإن للطرف المغبون حينئذ الحق في طلب فسخ العقد.

حماية للشريك المغبون بسبب القسمة الحاصلة بالتراضي بعد إجماع الشركاء اشترط المشرع لصحة العقد توفر الأهلية، والرضا، وخلو الإرادة من العيوب، وهذه القسمة يجوز الطعن فيها للغبن إذا كان أحد الشركاء قد غبن بمقدار يفوق الخمس، وكحماية له أعطى له القانون حق طلب إبطال القسمة، وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل القسمة أي عودة حالة الشيوع، وإجراء قسمة جديدة، ويمكن للشركاء الآخرون تفادي نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك المغبون.

فالمشرع لم يشأ أن يكون أحد الأطراف ضحية للاستغلال؛ لأنه من الناحية القانونية أخضع الاستغلال لعنصرين؛ مادي يتمثل في عدم التفاوت في الالتزامات بين المتعاقدين، ومعنوي: يكمن في الطيش البين والهوى الجامح، وروي عن الإمام أحمد وغيره" أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المضطر"، فبعدم خبرة أحد المتعاقدين يستغل الطرف الآخر ضعف الإدراك بحيث بإمكانه المطالبة بإبطال العقد أو إنقاص التزامات الطرف المغبون.

نظرا للتطورات الاقتصادية والاجتماعية واختلاف متطلبات الحياة الضرورية، نجد أحد الأطراف التعاقدية راضخا لشروط تعسفية يضعها الطرف القوي، دون أن يكون فرصة لمناقشة هذه الشروط، فإذا أبدى رأيه فيها فلا يجوز تعديل العقد أو إلغائها، لكن استثناء منح المشرع حق تعديل هذه الشروط أو إلغائها للقاضي كالتزام، فعلى القاضي تفسير العبارات الغامضة لصالح الطرف المذعن.

يقترح على المشرع في خصوص هذا الموضوع كحماية للطرف المغبون في توسيع نطاق القاضي وضع حالات أخرى يرد عليها الاستغلال وعدم حصره على الهوى الجامح والطيش البيّن.

- تمديد أجل حماية المغبون في دعوى الاستغلال باعتبار أن الهوى الجامح يشترط أن يلحق العيب .

- عدم التوازن في عقود الإذعان يحتاج إلى حماية تشريعية بوضع نصوص متكاملة لحماية العلاقة العقدية .

- وضع رقابة خاصة من طرف الدولة ومنع من انتشار هذه الشروط ووضع جزاءات عليها.

-توعية الطرف المذعن عن طريق حملات إشعاريه لعدم الرضوخ لمثل هذه العقود.

كذلك أن يفصل في أحكام الغبن والاستغلال بما يزيل اللبس في التطبيق أمام القاضي؛ لأنه كلما كان القانون مفصلا كان أقل إجهادا للقاضي من جهة وأكثر ضمانا لحقوق المتقاضي من جهة أخرى، وأكثر توحيدا للأحكام القضائية على تراب الوطن من جهة ثالثة.

كما يقترح على المشرع حذف النصوص الخاصة بالغبن في كل عقد، ووضع نص واحد في القواعد العامة فقط، وطبعا مع مراعاة العقود التي تخضع لأحكام متميزة وخاصة في الغبن، فتكون لها نصوص خاصة تدرج مع باقي أحكامها.

وفي الختام نرجو أن نكون قد وفقنا الله ولو بالقليل من إيصال حتى ولو معلومة بسيطة ، و الاستفادة من هذه المذكرة من المقبلين على التخرج .

قائمة المراجع:

أوّلا: باللغة العربية:

1- الكتب:

- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامية،ط5، دار الثقافة للتوزيع والنشر، الاردن2011.
- المصاروة هيثم حامد، المنتقى في شرح عقد التأمين، ط1، إثراء للنشر و التوزيع، الأردن، 2010.
- العمروسي أنور، العقود الواردة على حق الملكية،ط1، دار الفكر الإسكندرية،2000.
- الذنون حسن علي، الرحو محمد سعيد، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج1، ط1، دار وائل للنشر ، عمان.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ط.5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،2007 .
- بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري،الجزء الأول: المصادر الإرادية(العقد والإرادة المنفردة)، د.ط، دار هومة، الجزائر، د.س.
- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، ط1، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.
- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام)، ط.3، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، د.س.
- جميل محمد بني يونس، مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص، ط.1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2012.

- حمدي إسماعيل سلطح ،القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية،2007.
- حميد بن الشنيتي، نظرية الالتزام، ط1، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خده ، كلية الحقوق، 2014/2013.
- حسنين محمد، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية ، بن عكنون ،الجزائر ،2001.
- طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، الجزء الأول، ط1 ، ب.د ن،2010.
- لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقي في عقد البيع، (دراسة فقهية،قانونية وقضائية مقارنة نصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية)،ط1، دار هومة،2010.
- محمد المنجي، موسوعة الدعاوى العملية، دعوى القسمة، ط1، منشأ المعارف، الإسكندرية، 1996.
- محمد المنجي، دعوى القسمة، مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالاستئناف، ط1، منشأة المعارف، مصر، 1997.
- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها- أسباب كسب الملكية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
- محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، د.ط، د.س،الجزائر.
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، الجزء الأول، ط.1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1992.
- محمد عبد الرحمان الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلاميوالقانون،د.ط، دار الفكر الجامعي، 2001.
- محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط.3، الجزائر، 2006.

- مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام (دراسة مقارنة)، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، د.س.
- مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، الطبعة الثانية، (د. د. ن)، (د. ب. ن)، 2000.
- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري و اللبناني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.
- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، (دراسة في القانون المدني و المقارن)، دار الثقافة للتوزيع و النشر، ط1، عمان، 2002.
- عبد الحكيم فوده، تفسير العقود في القانون المدني المصري والمقارن، منشأ المعارف، مصر، 1997.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (حق الملكية)، ج8، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، 2000 .
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، النظرية العامة للالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، المجلد 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية (1)، دار إحياء التراث العربي، بيروت–لبنان، دون سنة النشر.
- عبد المنعم فرح الصدى، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، د.ط، دار النهضة العربية، مصر، 1974.
- علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، د.ط، موفم للنشر، الجزائر، 2008.
- عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الملكية العقارية، ط2، ج2، منشورات زين الحقوقية، د.ب.ن، 2011.

- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها و مصادرها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
- خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،2010.

2- الرسائل والمذكرات:

-الرسائل:

- يمينة شودار، أحكام الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة تطبيقية مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، الجزائر، 2010- 2011.
- بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة لحاج لخضر، باتنة، 2011- 2012.

-المذكرات:

- سعيدي آسيا و آخرون، عقد عمل، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاة، الجزائر ،2004-2007 .
- بوالكور رفيقة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون السوق، جامعة جيجل، 2008/2007 .
- بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2007- 2008.
- حيتوس عمار، الملكية الشائعة في الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، د.س.
-

3- المقالات:

- بركات كريمة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، العدد2، 2011،

4- النصوص القانونية:

أ- القوانين والأوامر:

- أمر رقم 75 – 58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78 الصادر في 30 / 09 / 1975، معدل ومتمم إلى غاية القانون رقم 07 – 05 المؤرخ في 13ماي2007، ج ر عدد31، المؤرخ في 13ماي2007.
- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم 1426ﻫ الموافق 27 فبراير 2005، ج ر عدد15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.
- القانون 04-02 مؤرخ في2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج.ر،رقم 41، المؤرخ في 2004/06/27، المعدل والمتمم بالقانون 10-06 المؤرخ في 2010/08/15، ج.ر. رقم46 المؤرخ في 2010/08/18.
- القانون رقم 08-09 ،مؤرخ في 25/فيفري/2008،يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. عدد 21، المؤرخة في 23 فيفري 2008.

ب – النصوص التنظيمية

- المرسوم التنفيذي رقم 76-63، المؤرخ في 1976/03/25، المتضمن لتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية،عدد30، الصادرة في1976/04/13، معدل و متمم.
- المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التعسفية، معدل و متمم، ج.ر عدد 56، 2006.

5- القرارات القضائية:

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، (قرار رقم 145195) بتاريخ 2000/09/12، (قضية أ-ع،ض،د،ش-ح) المجلة القضائية،العدد2،سنة1989.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار رقم 249694 مؤرخ في 2001/6/20،المجلة القضائية،العدد1،2002.
- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 196366 المؤرخ في 2000/07/26، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد1، سنة 2004.

6 – القواميس

- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني عشر، دار صادر للنشر والتوزيع، لبنان، (د. ت. ن).

ثانيا: باللغة الفرنسية

A/OUVRAGES

- Mrabti (A) ,contribution a l'étude critique de la notion de lésion, ALGER, volume1.
- Lourdjane (A), le droit civil algérien, édition l'harmattan, paris,1985.
- FLOUR (J) et AUBERT (J), *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 7e éd., Paris, Armand Colin, 1996, p. 59, 377.

B/ Les REVUES

-Brigitte Lefebvre , le contrat d'adhésions, la revue de

Montréal,vol.105 septembre 2003.

–Luc Audet, le contrat d'adhésion caractéristique et conséquences juridiques, les avocats de solutions Montréal (QC) canada, www.droit des PME.COM

الفهرس

الفهرس

ملخص:

تعتبر حماية الطرف المغبون أحد الوسائل التي تهدف إلى إعادة التوازن التعاقدي سواء كان الغبن معين بمقدار مثل الغبن في عقد البيع الذي أعطى له المشرع عند تحققه رفع دعوى أصلية للمطالبة بتكملة الثمن، ودعوى احتياطية عند امتناع المشتري تكملة الثمن.

كذلك في القسمة الحاصلة بالتراضي بين الشركاء فالمتقاسم المغبون له حق رفع الدعوى للمطالبة بنقضها، فالقاضي يقضي عند تفحصه شروط بإبطال القسمة وإعادة قسمة جديدة.

ولم يكتفي المشرع بهذه الحماية بل وسع مجال الحماية لتشمل المغبون في أحوال لا يتحقق فيها مقدار الغبن، من بينها الأطراف التي كانت ضحية استغلال في بعض العقود بسبب الطيش البيّن أو الهوى الجامح، وللطرف المغبون رفع دعوى إبطال العقد، وللقاضي السلطة التقديرية في إبطال أو إنقاص التزامات الطرف المغبون، وإذا كان هذا الأخير ضحية شروط تعسفية نظرا لحاجاته الضرورية التي جعلته يخضع لهذه الشروط أعطى المشرع سلطة للقاضي في التدخل لتعديل الشروط التعسفية وإلغائها إن كانت غير مشروعة، وإذا كان هناك غموض في تأويل عبارات العقد أعطى المشرع تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن.

RÉSUMÉ

La protection de la partie lésée est considérée comme l'un des moyens permettant de rééquilibrer le contrat, que la lésion soit mesurable comme dans le cas de la lésion qui affecte le contrat de vente et qui a été prise en charge par le législateur au moyen de la reconnaissance au profit de la victime du droit d'intenter une action principale en vue de bénéficier du versement d'un supplément de prix ainsi qu'une action de réserve lorsque l'acheteur omet de verser le complément du prix de la transaction ; on est dans le même cas de figure dans la situation où la lésion affecte le partage volontaire de parts entre associés et où l'associé victime de lésion bénéficie d'un droit d'action en vue d'annuler l'opération, auquel cas le juge, après examen des conditions requises, procède à l'annulation de celle-ci avant d'ordonner un nouveau partage.

Le législateur ne s'est pas contenté d'une telle protection, il en a élargi la portée de sorte qu'elle s'étend à la partie lésée même dans le cas de figure où la lésion n'est pas mesurable. Il en est ainsi dans le cas de l'exploitation de la légèreté notoire des victimes ou de la passion effrénée de ces dernières : à ce titre, les personnes intéressées bénéficient d'un droit de recours en vue de l'annulation du contrat. Le juge saisi dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour soit annuler le contrat, soit réduire les obligations du cocontractant victime. Lorsque ce dernier a contracté des clauses abusives pour satisfaire ses besoins essentiels, le législateur a donné au juge le pouvoir de modifier les clauses en question ou de procéder à leur abrogation lorsqu'elles sont illégales. Selon la volonté du législateur, en cas de clauses obscures, les termes du contrat doivent être interprétés au profit de la partie victime.

RÉSUMÉ

La protection de la partie lésée est considérée comme l'un des moyens permettant de rééquilibrer le contrat, que la lésion soit mesurable comme dans le cas de la lésion qui affecte le contrat de vente et qui a été prise en charge par le législateur au moyen de la reconnaissance au profit de la victime du droit d'intenter une action principale en vue de bénéficier du versement d'un supplément de prix ainsi qu'une action de réserve lorsque l'acheteur omet de verser le complément du prix de la transaction ; on est dans le même cas de figure dans la situation où la lésion affecte le partage volontaire de parts entre associés et où l'associé victime de lésion bénéficie d'un droit d'action en vue d'annuler l'opération, auquel cas le juge, après examen des conditions requises, procède à l'annulation de celle-ci avant d'ordonner un nouveau partage.

Le législateur ne s'est pas contenté d'une telle protection, il en a élargi la portée de sorte qu'elle s'étend à la partie lésée même dans le cas de figure où la lésion n'est pas mesurable. Il en est ainsi dans le cas de l'exploitation de la légèreté notoire des victimes ou de la passion effrénée de ces dernières : à ce titre, les personnes intéressées bénéficient d'un droit de recours en vue de l'annulation du contrat. Le juge saisi dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour soit annuler le contrat, soit réduire les obligations du cocontractant victime. Lorsque ce dernier a contracté des clauses abusives pour satisfaire ses besoins essentiels, le législateur a donné au juge le pouvoir de modifier les clauses en question ou de procéder à leur abrogation lorsqu'elles sont illégales. Selon la volonté du législateur, en cas de clauses obscures, les termes du contrat doivent être interprétés au profit de la partie victime.